ELEMENTI

DI

DIRITTO INTERNAZIONALE

PRIVATO

ELEMENTI

DI

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

MANUALE

AD USO DEGLI ISTITUTI DI SCIENZE POLITICHE E SOCIALI
E DEGLI ISTITUTI TECNICI SUPERIORI

PER

PASQUALE FIORE

Professore ordinario di Diritto civile comparato nella R. Università di Napoli.

Terza tiratura stereotipa

ROMA — TORINO — NAPOLI
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33 — Via Carlo Alberto — 33
1889

Al Chiarissimo Signore

Dott. ALBERTO SANSONI

Con l'aiuto di quella ricca libreria, della quale Ella mi concede l'uso con tanta liberalità, scrissi le giunte a questo Trattatello *che io dedico al suo nome, piccola testimonianza pur troppo di profonda riconoscenza.*

P. Fiore.

PREFAZIONE.

L'étranger n'est plus un ennemi comme dans l'antiquité, un serf comme dans le moyen-âge, un aubain comme au dernier siècle; c'est un hôte à qui l'on reconnaît tous les droits civils et qu'on accueille en ami.

LABOULAYE.

Lo studio del Diritto internazionale privato e pubblico risveglia sempre più, e compensa le fatiche degli scrittori. I grandi fatti di politica e di guerra in Europa ed in America mostrarono quanto fosse imperfetto il Diritto internazionale, quanto necessario risolvere le quistioni suscitate, e porre regole certe, chiare e precise per determinare i diritti e i doveri degli Stati e degli stranieri.

Si aggiunga che il commercio e l'industria vanno ravvicinando gl'interessi di tutti i popoli. Prima, a due leghe dal tuo villaggio eri straniero; oggi, divenuta la terra patria comune di tutti, ciascuno si sente cittadino del mondo. L'universo si muta in un immenso opificio in cui, suddiviso il lavoro, ciascun popolo fa quello cui natura lo chiama e l'aiuta, e dei prodotti altrui profitta guadagnando e godendo. Di qui viene che tutti si adoperano ad introdurre in tutto il mondo la stessa

moneta, gli stessi pesi, le stesse misure, le stesse leggi postali e telegrafiche, gli stessi usi marittimi. Ed il commercio cresce forza a noi tutti e ci ravvicina. A ragione disse il Gladstone con famosa sentenza: « I vascelli che vanno da un paese ad un altro, sono simili alla navicella del tessitore, e tessono legami di amicizia e di concordia tra i popoli. »

In questo rapido movimento dei nostri tempi si tramuta la vita giuridica degli Stati, come, sul cadere del Medio Evo, fatti non men gravi tramutarono la vita giuridica dei Comuni. Allora i Comuni serbarono bensì la loro personalità, ma si raccolsero nell' unità dello Stato; oggi gli Stati cominciano a piegare verso l' unità della grande società umana.

Ciascuno Stato sente di essere un organismo indipendente, una persona vivente, che vuole innanzi tutto autonomia e libertà, ma sente ancora che non può restringere la sua attività nei limiti del territorio nazionale, sente il bisogno di un diritto comune e di una vera società di diritto: *Ubi societas, ibi jus.*

Conseguenza di questo lavorìo secreto, ma incessante, sarà la pace, benchè tutte le guerre non saranno tolte mai. E osiamo sperarlo, perchè da una parte veggiamo pubblicisti e uomini di Stato darsi la mano per dare ordine ai rapporti fra gli Stati, e dall' altra gli uomini dell' industria, del commercio, del lavoro, spaventati della guerra,

domandare che meno rovinosamente si provveda a difendere i diritti degli Stati.

Chi sa prevedere il risultato del grande movimento scientifico e politico della nostra età che va trasformando la *società di fatto* che esiste fra gli Stati in una vera *società di diritto?* Nobile scopo che non è certo di sognatori fantastici. Non si tratta già di ottenere una vera eguaglianza tra gli Stati, come pensava l'abate de Saint-Pierre; nè di scompigliare e rifare la carta di Europa secondo uno fra' mille piani che vanno sempre risorgendo nelle accese menti degli uomini; nè infine d'impedire per sempre e in ogni caso che si possa ricorrere all'uso della forza, e ai sanguinosi orrori delle battaglie: solo intento è determinare in qual modo gli Stati indipendenti possono esistere secondo una legge comune, segnando esattamente i diritti e i doveri di ciascuno, così che i principii della scienza, accettati nei solenni trattati, diventino leggi positive perfette.

Confondere queste cure degli uomini dotti con le vecchie utopie è manifesto errore; peggio assai il disperare. Quella scienza che nelle attinenze di ogni ordinata congregazione di uomini, nella famiglia, nel Comune, nello Stato, diede formule di leggi e codici, diverrebbe forse impotente, quando si volge, nel bene di tutti, a congiungere i popoli?

Nessuno vorrà sostenere che facesse opera inutile in Inghilterra l'Associazione nazionale della

scienza sociale (*national Association of social science*) e in Francia l'*Alliance universelle de l'ordre et de la civilisation,* quando l'una, nell'ottobre del 1866 a Manchester, elesse un Comitato per istudiare una proposta di codice internazionale, e l'altra, nel giugno 1872, invitò i pubblicisti di tutta Europa e d'America a congiungere i loro studii, perchè il Diritto internazionale non abbia a mancare di legge.

Così avremo l'opera collettiva e più feconda di molti ingegni; laddove per lo avanti non si ritrovano che ricerche fatte alla spicciolata da questo e da quello. Nè vorremo certo dimenticare che a tutti andò innanzi uno dei nostri, il genovese Paroldo, [1] seguìto poi dal Petrushevecz, [2] dal Lieber, [3] dal Bluntschli [4] e dal Dudley-Field; [5] finchè i più autorevoli giureconsulti dell'Europa e dell'America, Burrit, Bluntschli, Field, Lawrence, Lorimer, Mancini, Sclopis, Woolsey e altri, tra i quali il Rolin-Jaequemyns, tanto benemerito della nostra scienza, e il Mills che con instancabile operosità adempì in Europa l'incarico a lui dato dalla Società Americana della Pace, vollero e seppero mettere in comune le loro meditazioni per arrivare allo scioglimento del grande problema. [6]

[1] *Progetto di un Codice di Diritto internazionale.*

[2] *Précis d'un Code du Droit intern.*

[3] *Istruction pour les armées en campagne.*

[4] *Droit des gens codifié.*

[5] *Draft outlines of an international code.*

[6] L'idea di una conferenza fra i giureconsulti e pubblicisti di tutti i paesi appartiene al Lieber che la manifestò prima della sua morte al Rolin-

Degno di studio particolare sarà certo il quesito: come i conflitti fra le diverse legislazioni civili e criminali possano decidersi in modo uniforme, e come s' abbia ad ordinare questa parte importantissima del Diritto internazionale, cioè il privato. Cresciuto così rapidamente il moto degli uomini e delle cose, se non c' è legge comune, grave sarebbe il danno dei commerci, e di ogni atto della vita civile; chè in tanta disparità nessuno è sicuro quale legge debba seguire, e quale codice lo possa proteggere.

Che questo diritto privato possa avere norme generali, se ne avvedrà facilmente chi badi ai tentativi già fatti. Possiamo dire con orgoglio che il nostro legislatore ne diede un bell' esempio. Egli riconosce l' autorità della legge personale dello straniero, e ne comanda l' applicazione ove non offende il nostro diritto pubblico: equipara la condizione dello straniero a quella del cittadino nell'esercizio dei diritti civili, e senza veruna condizione di reciprocità. E non basta. — Nel 1867 il nostro Governo propose alla Francia, alla Germania del Nord, al Belgio e agli altri Stati civili un trattato internazionale che désse norme comuni e recipro-

Jacquemyns e al Moynier che contemporaneamente avea diretto una lettera al redattore in capo della *Revue de Droit international*. Il Bluntschli suggerì poi l' idea di organizzare un istituto permanente o Accademia di Diritto internazionale. Come il Rolin-Jaequemyns incoraggiato da rispettabili giureconsulti e pubblicisti abbia adoperato tutto lo zelo e instancabili cure per riunire la conferenza a Gand, è noto a quanti hanno tenuto dietro a tanto importante avvenimento. Anche il Milès segretario della Società Americana della Pace, inviato espressamente in Europa per promuovere una conferenza, molto vi contribuì. Vedi *Revue de Droit intern.* 1873, p. 667.

camente obbligatorie, come altra volta, per l'abolizione dell'albinaggio e della tratta dei negri. La proposta, accettata in massima dal Governo francese, mercè le sollecite cure dell'illustre deputato Mancini (cui era stato affidato di menare a termine le negoziazioni), avea trovato maggior favore presso i Governi della Germania e del Belgio, e forse sarebbero stati conclusi gli accordi con grande beneficio della civiltà, se i dolorosi fatti di Mentana non avessero sospese le trattative.

Mentre tanti studii si vanno compiendo, io non dovevo certamente troppo profondamente rimutare questo mio libretto, stampato già nel 1869 e che ora ripubblico: bastava solo che v'aggiungessi poche notizie divenute necessarie; riserbandomi con migliore agio e aiuti migliori a rivedere e a correggere il Trattatello. Fondamento di tutto il sistema sono i principii della moderna scuola italiana sanzionati nella legislazione nostra. Una discussione sull'intero sistema, tanto diverso da quello degli altri paesi, non è stata fatta, ma non mancherebbe l'opportunità di farla.

Uno dei tre argomenti che si devono discutere dall'Istituto di Diritto internazionale fondato a Gand, è così formulato: « Utilité de rendre obliga-
» toires pour tous les États, sous la forme d'un ou
» de plusieurs traités internationaux, un certain
» nombre de règles générales du Droit internatio-
» nal privé, pour assurer la décision uniforme des

» conflits entre les différentes législations civiles et » criminelles. » Intorno al quale argomento scriverà la sua Relazione il nostro Mancini. Siamo certissimi che egli che propugnò nell' insegnamento e negli scritti quei principii accettati poi nel Codice civile italiano, nel quale egli ebbe tanta parte, egli che si può a ragione dire il fondatore della scuola italiana moderna, si mostrerà sempre sapiente giureconsulto ed eloquentissimo oratore nel sostenere l' intero sistema di Diritto internazionale privato sancito dal nostro legislatore. Nè si può dubitare che la discussione divenga proficua, se si consideri che la Commissione riunisce i più eminenti pubblicisti e giureconsulti moderni che si sono occupati di tale studio speciale, quali sono Asser, Beach-Lawrence, Bluntschli, Massé, Westlake.

Si aggiunge che in questi giorni il signor Mancini[1] invitò nella Camera il Governo a favorire e promuovere la formazione del Codice di Diritto internazionale e che il Ministro degli Esteri accettò; speriamo che s' abbia presto a vederne i frutti e goderne.

Pisa, 1 gennaio 1874.

P. FIORE.

[1] Vedi il *Discorso e Proposte* del deputato Mancini alla Camera dei Deputati. Tornata del 24 nov. 1873.

NB. **Ai paragrafi segnati con asterisco si riferisce la giunta nell'Appendice.**

DIRITTO PRIVATO INTERNAZIONALE.

PRELIMINARI.

CAPITOLO I.

Oggetto della scienza e sua definizione.

1. La diversità delle leggi è un fatto necessario. — 2. Triplice modo secondo il quale l'individuo si può considerare soggetto alla legge. — 3. Definizione della scienza. — 4. Sua importanza, sua utilità pratica. — 5. Attinenze fra il Diritto Privato e il Diritto Pubblico Internazionale. — 6. Differenza tra i conflitti all'interno e quelli all'esterno di uno Stato.

Proponendomi di esporre il Diritto Privato Internazionale stimo anzi tutto necessario di precisare l'oggetto delle nostre ricerche.

1. La diversità delle legislazioni positive dei diversi Stati è un fatto innegabile e necessario. Diciamo necessario perchè l'uniformità di legislazioni che alcuni ànno vagheggiato come forma di civile perfezionamento, è secondo noi un desiderio inattuabile. È perciò che i tentativi sono riusciti e doveano riuscire infruttuosi ed inutili. Si può ottenere l'uniformità di legislazione nelle varie sezioni che compongono uno Stato: è pure possibile che la base ed il fondamento delle diverse legislazioni sia sempre più conforme ai principii comuni della legge naturale; ma è impossibile che possano avere leggi uniformi Stati che vivono di vita propria, che variano nelle tradizioni, ne' costumi, negli usi come pure nelle

condizioni geografiche, etnografiche, morali e politiche. È naturale dunque che le leggi sieno diverse, non solo secondo i varii popoli, ma secondo le condizioni di progresso civile dello stesso popolo.

2. Notiamo altresì che l'individuo si può considerare soggetto alla legge sotto triplice rispetto: ***Tribus fere modis***, dice Erzio, ***homines summis subjiciuntur potestatibus, vel ratione personæ suæ, vel ratione rerum, vel denique ratione actuum.***[1] Infatti la legge primieramente determina lo stato e le qualificazioni della persona; ossia la sua condizione e la sua capacità giuridica. Essa stabilisce, in secondo luogo, quali sono i diritti di cui l'individuo è capace nei suoi rapporti colle cose, e ne regola l'esercizio. Essa determina infine quali sono gli atti dell'individuo che ànno un valore giuridico, e stabilisce le condizioni perchè gli atti diventino tali. L'individuo è dunque soggetto alla legge, e per la sua persona e per le sue cose e per le sue azioni.

3. Potendo l'individuo esercitare la sua attività fuori dei limiti del proprio territorio, si può considerare soggetto a diverse leggi sotto diverso rispetto. Supponiamo infatti che uno si rechi in territorio straniero e che v'acquisti beni, che poi in un terzo Stato disponga di tali beni con un atto tra vivi o di ultima volontà, e troveremo l'individuo in rapporto con diverse leggi sotto diverso rispetto. Quale sarà in questo caso la legge che dovrà regolare ciascuna relazione giuridica? Con quali criterii si deciderà in ciascun caso se debba applicarsi a preferenza la legge della patria o quella del luogo in cui esistono i beni, o quella in cui divenne perfetto l'atto col quale l'individuo ne dispose?

Ora la scienza che stabilisce i principii per risol-

[1] Hertius, *De collisione legum*, sect. IV, p. 4.

vere i conflitti di legislazioni e per regolare i rapporti reciproci di sudditi di Stati diversi forma un ramo speciale della scienza del Diritto, e si denomina Diritto Privato Internazionale. Questo è ben distinto dal Diritto Civile che regola i rapporti privati degli individui fra di loro all' interno dello Stato, e dal Diritto Internazionale Pubblico che regola i rapporti degli Stati fra loro.

4. Alcuni opinano che sia impossibile una scienza per risolvere i conflitti di legislazioni, e ritengono che i soli criteri sieno quelli accettati per comune consenso e per trattati. Noi non neghiamo che nel fatto manca un' uniformità di giurisprudenza internazionale e che la condizione giuridica degli stranieri è regolata dalle leggi particolari dei diversi Stati e dai trattati. Riconosciamo altresì che dovendo la giustizia essere amministrata dai giudici di ciascun paese, questi non possono rifiutarsi di applicare la loro legge, fosse pure contraria alle loro convinzioni ed ai risultati della scienza. Ma tutto ciò non muta la sostanza della cosa; nè si può ragionevolmente sostenere che non esista la scienza, o che sia inutile ricercare i generali criteri per risolvere i conflitti di legislazioni. La scienza deve avere uno sguardo all' avvenire, e preparare i possibili progressi. Se la maggior parte degli Stati civili accettano certi principii comuni per risolvere le quistioni circa la forma degli atti e la capacità giuridica delle persone, perchè non si può sperare che accettino gli altri principii che la scienza dimostrerà migliori per risolvere i conflitti di legislazioni? Oggi le relazioni cogli stranieri sono frequentissime ed ordinarie in tempo di pace, nè s'interrompono durante la guerra: e se in altri tempi i forestieri erano tutto al più tollerati, e sempre guardati con gelosia e diffidenza, al presente formano una parte notabile della popolazione di ciascuno Stato.

Valutando le presenti relazioni degli Stati, i bisogni del commercio e dell' industria, le facilitate comunicazioni, e i moltiplicati punti di contatto, è facile pensare che se gli Stati non adottano certi principii comuni per regolare la condizione giuridica degli stranieri, i casi di conflitto aumenteranno contro gl' interessi del commercio internazionale. Questo bisogno è sentito dagli scienziati e dai legislatori. Il Savigny, nel suo dotto *Trattato di Diritto Romano*, vol. VIII, vagheggia l'idea di una uniformità di giurisprudenza internazionale per risolvere i conflitti di legislazioni; e i due codici più moderni, quello del Belgio e quello d' Italia, ànno formulato certi principii generali per determinare la condizione giuridica degli stranieri e la legge che ne deve regolare i rapporti.

Noi conveniamo che, finchè non sarà accettato un diritto comune, vi sarà grande disformità tra la scienza e la giurisprudenza, e saranno diversi i criterii nei tribunali dei varii Stati; pur tuttavia il ricercare coi principii di filosofia di diritto e di legislazione le regole generali per risolvere i conflitti può avere una grandissima importanza pratica, sì nel caso in cui dalla legge positiva non sia determinato il modo ed il limite con cui devono applicarsi le leggi straniere, sì per preparare l' uniformità di giurisprudenza internazionale facendo accettare dagli Stati un diritto comune in questa materia.

5. Circa il titolo che abbiamo prescelto, stimiamo utile uno schiarimento per prevenire un equivoco. Alcuni ànno intitolato questo ramo del diritto *Teoria dei conflitti di leggi di Stati diversi:* altri *Diritto privato internazionale*. Senza far questioni di parole, noi dichiariamo di avere voluto conservare il titolo *Diritto privato internazionale*, per prevenire il pratico in-

conveniente che deriva dal credere che non vi sia alcuna attinenza tra questo ramo del diritto e il diritto pubblico. Alcuni infatti, considerando che le quistioni di diritto privato internazionale sono quistioni di diritto civile, ànno pensato di trovare il fondamento scientifico per risolverle nel diritto privato. Noi al contrario opiniamo che fra questo ramo del diritto e il diritto pubblico vi sono moltissime attinenze, e che si deve tenere molto conto dei principii di diritto pubblico.

Le collisioni fra le leggi si possono verificare e nel tempo e nello spazio. Noi possiamo supporre infatti che nel tempo che passa tra l'esistenza di un rapporto e l'applicazione della legge muti la legge. In questo caso tutta la difficoltà si riduce a determinare il limite della legge nel tempo: questa ricerca appartiene ad un ramo speciale del diritto, che si dice *diritto transitorio*. Può accadere altresì che il soggetto di un rapporto giuridico abbia mutato luogo, e che la legge sotto cui ebbe origine quel rapporto, sia diversa da quella del luogo in cui lo si vuole far valere. In tal caso tutta la questione si riduce a determinare il limite di ciascun potere sovrano nello spazio. Ma non è possibile determinarlo senza studiare i rapporti pubblici fra Stato e Stato; dunque questo ramo del diritto à moltissime attinenze col diritto pubblico. [1]

È vero che ogni volta che si eleva la questione quale fra due o più leggi straniere debba essere preferita per regolare un determinato rapporto, la disposizione che dà origine al conflitto è una disposizione di diritto privato; ma da ciò non si può dedurre che i principii con cui la si deve risolvere appartengano sempre al diritto privato. Riflette a questo proposito il De Chassat, [2] che una delle ragioni per la quale alcuni scrit-

[1] Vedi capitolo IV.
[2] Mailher de Chassat, *Traité des Statuts*, liv. I, tit. 1, chap. 1.

tori antichi non seppero risolvere le quistioni di collisioni di leggi diverse, si fu perchè essi le considerarono come quistioni di diritto privato. Huber però lasciò scritto: « In ogni caso si tratta di determinare fino a qual punto » la pubblica autorità deve ammettere l'applicazione » della legge straniera. Ora la quistione appartiene piuttosto al diritto delle genti che al diritto civile, perchè » è evidente che i reciproci rapporti degli Stati entrano » nel dominio del diritto delle genti. »[1] Fra gli scrittori moderni, il Foelix divide questa stessa opinione: « Il principio dell'applicazione delle leggi straniere nel » territorio di una nazione, non appartiene al diritto » privato, ma al diritto delle genti. Benchè infatti si » tratti di disposizioni di diritto privato, quest'applicazione à sempre luogo in conseguenza dei rapporti » fra nazione e nazione. »[2]

6. L'altra osservazione che noi stimiamo opportuna, si è che i conflitti di legislazioni si possono verificare anche all'interno di uno Stato e fra individui soggetti alla stessa sovranità. Ciò può succedere quando lo Stato è diviso in diverse sezioni rette da leggi proprie e con giurisdizioni distinte.[3] Questi conflitti ànno

[1] *De conflictu legum*, n° 1.

[2] Foelix, *Droit international privé*, n° 14, v. 1. Byukersoëck, *De foro legatorum*, cap. 2. — Voet, Comm. ad Pand. *De Statutis*, § 18.

[3] Nell'Europa moderna non mancano esempii di Stati i quali non ànno una legislazione uniforme applicabile a tutte le provincie di cui si compongono. Alcune delle colonie inglesi e dei paesi appartenenti alla Gran Bretagna sono retti da leggi speciali. Il codice civile austriaco non è applicato nell'Ungheria, nella Croazia, nella Schiavonia, nella Transilvania. Nella Baviera alcune province sono ratte dalle leggi francesi, altre dal codice bavarese, altre dall'austriaco, altre dal prussiano. Una parte dell'Assia renana à conservata la legislazione francese, mentre il granducato è retto dal diritto comune della Germania. Nell'Annover le province ànno diverse leggi. La Russia à pure le sue leggi provinciali. Nella Danimarca le provincie tedesche non sono rette dal codice danese. Nell'America ciascuno degli Stati dell'Unione à una legge speciale in materia di diritto privato.

molta analogia con quelli che si verificano tra leggi di Stati diversi; sarebbe però erroneo il volere applicare gli stessi principii sì agli uni che agli altri casi. Quando il conflitto si verifica tra leggi di Stati diversi, è necessario investigare in qual modo i rapporti permanenti fra suddito e sovrano, possono valere anche in territorio straniero, e precisare il limite dell'autorità e della giurisdizione del sovrano sul proprio suddito. Questi rapporti sono fondati sulla nazionalità. Nel secondo caso basta accertare se l'individuo sia in rapporto permanente coll'una, piuttostochè con l'altra delle diverse sezioni in cui è diviso lo Stato. Questo si detemrina col domicilio.

CAPITOLO II.

Compendiosa esposizione storica della condizione degli stranieri.

7. Grande diversità tra la condizione degli stranieri nei tempi antichi e nei tempi moderni. — 8. Rigori della legislazione romana rispetto agli stranieri. — 9. Temperamenti apportati alle rigorose massime di diritto. — 10. Condizione degli stranieri nel medio-evo. — 11. Diritto di albinaggio. — 12. Legislazione francese. — 13. Legislazione inglese. — 14. La Chiesa e la rivoluzione francese. — 15. Codice di Napoleone, (art. 11, 776, 912). — 16. Condizione degli stranieri in Inghilterra nei tempi moderni. — 17. Disposizioni relative della legislazione italiana. — 18. Condizione degli stranieri presso gli altri Stati.

7. Nei tempi in cui viviamo, nei quali i popoli sono legati tra loro dalla civiltà e dal commercio, e l'interesse stesso degli Stati consiglia a non escluderne gli stranieri, non sappiamo quasi più renderci ragione

come una volta si guardassero con sospetto i forestieri, tollerandoli appena e respingendoli spesso, aggravandoli di tasse e considerandoli come fuori del diritto comune.

Quando Alessandro il Grande in un editto immortale proclamava che gli uomini onesti di qualunque contrada doveano considerarsi come fratelli, e che i delinquenti solamente erano forestieri, faceva un anacronismo glorioso, perchè la Grecia fu ben lungi dall'accettare nella sua legislazione sì nobile principio.

Gli Ateniesi, che si onoravano di avere il tempio della *Pietà*, per ricevere i forestieri, assegnavano a loro dimora un quartiere speciale nel quale erano come imprigionati, li assoggettavano a pagare l'annuo tributo di 12 dramme, e vendevano come schiavi quelli che rifiutavano di pagarle. [1] A Sparta si negava l'ingresso ai forestieri pel timore, che non corrompessero quei severi costumi.

8. La stessa Roma, che pel reggimento dei popoli giunse al più alto grado di civiltà e di grandezza, non fu punto benigna cogli stranieri. Il diritto civile formava a Roma una stretta cerchia in cui non poteva penetrare lo straniero. Il diritto quiritario, le formalità sapienti delle azioni della legge, il pieno potere attribuito alla *mancipatio* di cui le forme sacramentali non potevano essere supplite che dalla *usucapio*, le solennità dei testamenti, l'insieme della procedura, manifestano le istituzioni di un popolo geloso di dividere con altri i suoi privilegi. [2] Solo per i cittadini di Roma il Pretore Urbano siede nella sua sedia curule: per essi solamente egli scrive tutti gli anni nell'albo il suo editto,

[1] Bacquet, *Droit d'aubaine*, ch. III, n° 22.

[2] « Mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos colonarios eosque peregrinos quibus commercium datum est. » Ulp., *Fragm.*, tit. 19, § 4.

ad essi sono riservati i privilegi che seguono dovunque il cittadino di Roma.

L'inferiorità degli stranieri non si manifestava solamente negli onori, come nella proibizione fatta loro di portare la toga e di farsi distinguere coi prenomi e simili: la legislazione romana, negando agli stranieri l'*jus quiritium* e l'*jus civitatis*, toglieva loro non solo il diritto del censo e di suffragio nei comizii pubblici e gli onori ed i diritti politici, ma il diritto del connubio e della patria potestà, e il patronato e il dominio e l'*usucapione* e la *factio testamenti* attiva e passiva.[1]

Nella legge delle XII Tavole più volte gli stranieri sono denotati col nome di *hostes*, lo che scusava la gelosa sorveglianza con cui li guardava il governo, e la facoltà che si attribuiva di cacciarli dalla città tutte le volte che o la ragione di Stato o la scarsità dell'annona lo consigliasse; come accadde sulla proposta di Giunio Penno, di Papio Celso e di altri. Contro il qual costume inveiva l'oratore romano dichiarandolo inumano: *usu vero urbis prohibere peregrinos sane inhumanum est.*[2]

Per ottenere giustizia non era concesso agli stranieri di presentarsi innanzi al magistrato che la rendeva ai cittadini romani. Quelli che godevano l'*jus connubii* e l'*jus commercii* erano giudicati secondo le leggi romane: gli altri, se appartenevano ad una delle nazioni con cui Roma avea trattati, potevano ottenere giustizia da un magistrato speciale detto *prætor peregrinus ab eo quod plerumque inter peregrinos jus dicebat.*[3] Gli stranieri erano giudicati secondo il diritto delle genti, e poichè si ammetteva che ciascun popolo potesse appro-

[1] Sigonius, *De antiquo jure civ. rom.*
[2] Cicero, *De Offic.*, lib. III, cap. 11.
[3] *Dig. De origine juris*, l. 2, § 28.

priarsi le persone e le cose del nemico che cadevano nelle sue mani, e si consideravano come nemici tutti quelli con cui non vi era trattato o patto o alleanza, così si ammise un diritto di *postliminio* anche a tempo di pace. *In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque fœdus amicitiæ causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt: quod autem ex nostro ad eos pervenit illorum fit: et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est si ab illis ad nos aliquid perveniat. Hoc quoque igitur casu postliminium datum est.*[1]

9. Benchè da quello che abbiamo detto apparisca quanto fosse grande la severità della legislazione romana rispetto agli stranieri: benchè nelle XII Tavole fosse scritto *adversus hostem æterna auctoritas esto*, principio tanto rigorosamente interpretato in altri tempi e di cui oggi è chiarito il vero significato, dobbiamo notare che a poco a poco il rigore della legge fu temperato dalla beneficenza del popolo e dall'interpretazione della legge stessa. Così gli stranieri non avevano a Roma la *testamenti factio* nè attiva nè passiva: *deditiorum numero heres istitui non potest quia peregrinus est cum quo testamenti factio non est;*[2] ma colla istituzione dei fedecommessi si riuscì ad ammetterli alla successione in frode della legge. Notiamo altresì, secondo ci riferisce Cicerone, che gli stranieri potevano avvicinarsi di molto alla condizione dei cittadini, mettendosi sotto il patronato e la clientela di un romano. *Mortuo peregrino bona, aut tamquam vacantia in fiscum cogebantur, aut private adquirebantur, si peregrinus ad aliquem veluti patronum adplicuisset eique clientelam*

[1] *Dig. De captivis.* etc. l. 5, § 2.
[2] Ulp., *Fragm.*, XX, § 2.

dedisset: tunc enim, illo mortuo, patronus jure adplicationis in istius peregrini bona succedebat. [1]

Come temperamento al rigore della legge che attribuiva la proprietà delle cose degli stranieri che cadevano nelle mani dei Romani, noi possiamo considerare le umanissime leggi sui naufragi, fatte per reprimere l'avidità degli abitanti delle spiaggie e la vantata ragione del fisco. *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat. Fiscus meus sese non interponat. Quod enim jus habet fiscus in aliena calamitate ut de re tam luctuosa compendium sectetur?* [2]

Nei tempi posteriori, quando Roma sentì il bisogno di affezionarsi i popoli vinti, concesse loro alcuni dei privilegi riservati ai cittadini romani, e la severità contro gli stranieri fu mitigata secondo le condizioni delle genti sottomesse. E qui importa osservare come i varii diritti, che erano prima privilegi esclusivi del cittadino di Roma, furono con gradazione artefatta e con abile avarizia partiti fra i diversi popoli. Agli uni fu accordato l'*jus connubii*, per altri fu creato l'*jus italicum*, e per altri il diritto del Lazio; in modo che i peregrini furono distinti in italiani, provinciali e latini. Diverso era il modo con cui si applicava il diritto ai popoli dell'Italia, del Lazio e delle provincie, e diverso il diritto degli stessi popoli, sia latini o italiani, o provinciali, secondo la loro condizione di municipio, di colonia o di prefettura. La durezza primitiva andò gradatamente scemando tantochè ad alcuni fu conceduto il diritto di cittadinanza senza restrizione, e s'arrivò poi alla costituzione di Caracalla che conferì la cittadinanza a tutti gli abitanti

[1] Cic., *De Orat.*, lib. I.
[2] Codic. l. 1, *De Naufragiis.*

dell' impero:[1] *In orbe romano qui sunt cives sunt Romani.*

È vero che considerando la causa che promosse la costituzione di Caracalla, molto diminuisce l'ammirazione che può sorgere a prima vista per una disposizione tanto liberale. Secondo ci riferisce Dione Cassio, Caracalla non emanò quella disposizione che per accrescere il prodotto dell' imposta sulle successioni, e si deve perciò considerare come un provvedimento veramente fiscale. Dopo la promulgazione di quella costituzione, sul di cui valore si è tanto discusso, sparirono i *latini colonarii* e *peregrini* che erano in condizione di divenire cittadini romani all' epoca in cui fu promulgata la costituzione, ma vi poterono essere i *latini juniani*, e furono considerati come *peregrini* quelli che subirono una *capitis diminutio* e quelli che in seguito di conquista furono aggregati all' impero. Ciò prova che Caracalla provvide al presente non al futuro, e non determinò la condizione degli abitanti delle nuove provincie che potevano essere aggregate all'impero. Quegli che tolse tutte le distinzioni fu Giustiniano, il quale dichiarò cittadini tutti i liberi abitanti dell' impero, e dopo lui la *civitas* non fu più un elemento dello *status*.[2]

10. Da tutto ciò risulta che per quanto rigorosa sia stata la legislazione romana ai forestieri, verso il quarto e quinto secolo dell' èra nostra si rese molto più mite: e al primo formarsi degli Stati moderni la distinzione tra cittadino e forestiero avea tanta poca importanza innanzi alla legislazione romana, che non si può in nessuna guisa sostenere che i diritti esorbitanti che si andarono stabilendo contro gli stranieri nel tempo della

[1] *Dig. De statu hominum*, l. 17.
[2] Demangeat, *Droit Romain*, p. 165.

invasione dei barbari, abbiano avuto la loro origine dal diritto romano.

Nell' età di mezzo, età di forte barbarie e d'ingiuste violenze, fu molto triste la condizione degli stranieri. In alcuni luoghi essi divenivano schiavi del signore nella cui terra andavano a stabilirsi: altrove era concesso il diritto di vita e di morte sui forestieri, e generalmente loro non si accordava l' ingresso nel territorio che a condizioni onerose, e si assoggettavano a pagare gravi tasse che rendevano penosa la loro dimora. [1] Noi non staremo ad annoverare tutte le esorbitanze a danno degli stranieri; ma vogliamo fissare la nostra attenzione su di una in particolare che rivela tutta la barbarie della legislazione dei tempi di mezzo contro a'forestieri, cioè sul voluto diritto di albinaggio.

Essendo gli stranieri considerati fuori del diritto comune, loro era tolta la facoltà di far testamento, e perciò i beni appartenenti allo straniero che moriva in estero territorio erano dichiarati vacanti ed erano devoluti o al signore della terra o al fisco, con esclusione anche degli eredi del sangue. Nè mancarono paesi in cui prevalse l' inospitale consuetudine che gli ospiti si attribuissero i beni degli stranieri morti, *jure hospitii*. Questa barbara usanza di considerare gli stranieri come incapaci di succedere, noi la troviamo consacrata nelle leggi e nelle capitolazioni dei barbari, e pare più probabile l' opinione di quelli che vogliono che la importassero questi ultimi quando si stabilirono nei territorii conquistati dopo la rovina dell' impero. [2] Secondo le loro leggi, solamente i guerrieri che avevano il diritto di portare le armi potevano divenire proprietarii.

[1] Demangeat, *Condition des étrangers*, chap. 1, nº 6. — Legge salica, tit. 48, *De migrantibus*, § 1.

[2] *Lois des Angles*, tit. 6, § 5; *Lois des Lombards*, lib. III, tit. 15.

11. Dopo il IX secolo noi troviamo dinotato sotto il nome di albinaggio il diritto di attribuirsi i beni degli stranieri, che nel tempo del feudalismo fu esercitato dai signori dei feudi i quali si appropriavano i beni dei forestieri morti nelle loro terre. Quando poi la monarchia sottomise i signori e si arrogò i loro diritti, l'albinaggio fu considerato come una prerogativa della corona, e fu esercitato come una vera regalia fino all'epoca della rivoluzione francese e dei nuovi codici.

Non si accordano gli autori nell'etimologia di questa parola di *albani*, con cui erano indicati i forestieri. Sapey[1] dice che essa derivò dall'essere i forestieri registrati in un *album:* altri[2] dicono che il nome di albani, che è proprio degli Scozzesi, fu esteso per indicare tutti gli stranieri: altri[3] considerano questo nome come contratto da *alibi nati*, altri danno diverse spiegazioni. Certo si è che colla formola *droit d'aubains*, diritto di albinaggio, si dinotarono tutti i diritti rigorosi che pesavano sugli stranieri, considerandoli come diritti di regalia nella maggior parte delle contrade di Europa.

Dobbiamo notare altresì, che erroneamente alcuni scrittori fanno derivare questo diritto dai Greci e dai Romani, come sostiene Bodino nel suo *Trattato della repubblica*. Contro tale opinione stanno la testimonianza di Ulpiano che dice che in certi casi era concesso agli stranieri di testare secondo le leggi della loro patria, e quella di Teofilo il quale considera come una delle ragioni per le quali dovea ammettersi il fedecommesso, la necessità di temperare il rigore delle leggi rispetto agli stranieri, e l'atto di Adriano, il quale condanna

[1] *Les étrangers en France*, p. 52 e seg.
[2] Dragoumis, *De la condition de l'étranger*, p. 6.
[3] Demangeat, loc. cit. p. 66 e seg.

come tirannico l'uso del suo predecessore di confiscare i mobili e gli altri oggetti dei mercanti stranieri. Queste testimonianze sono sufficienti a provare che l'origine del diritto di albinaggio non deve ricercarsi nel diritto romano. Quelli che desiderano conoscerne i particolari, potranno leggere le opere di Bacquet, del Denizart, del Gaschon, del Demangeat.

12. Una delle regioni in cui il diritto di albinaggio fu applicato con tutto il suo rigore fu la Francia, ove gli stranieri erano obbligati a pagare caramente la facoltà loro concessa di dimorarvi. Furono escogitate diverse forme di tasse, e rigorosamente furono applicate agli stranieri. Noi non staremo a farne la storia, ma noteremo che lo straniero non poteva ottenere giustizia senza prestare cauzione per pagare le spese del giudizio, non poteva contrarre matrimonio senza pagare una tassa dinotata sotto il titolo *droit de formariage*. Erano inoltre obbligati tutti i capi di famiglia, o maritati o vedovi, a pagare una tassa annua, il *droit de chevage*, e quando i bisogni dello Stato lo esigevano, gli stranieri erano assoggettati a tasse straordinarie e gravose assai. Così con un editto del mese di settembre del 1587, Enrico III ordinò che tutti i mercanti stranieri, non esclusi quelli naturalizzati, dovessero munirsi di una carta per risiedere nel reame pagando una tassa. Con una dichiarazione del 29 gennaio 1639, Luigi XIII assoggettò gli stranieri residenti e possidenti beni nel reame ad una nuova tassa, e Luigi XIV con editti successivi impose agli stranieri naturalizzati l'obbligo di fare confermare le lettere di naturalizzazione pagandone un'altra.

Qualche volta queste rigorose misure furono alleggerite, ma solamente in favore dei mercanti. Noi troviamo infatti che per allettare sopratutto gl'Italiani che facevano il commercio di oggetti di lusso e

manifatture, Filippo VI nel 1349 dispose: « Tutte le
» compagnie di mercanti e specialmente Fiorentini, Mi-
» lanesi, Lucchesi, Genovesi, Veneziani e Tedeschi, se
» vogliono mercanteggiare e godere dei privilegi del
» mercato, avranno dimora per essi e loro commessi
» nei detti mercati senza avere però stazione fissa in
» alcuna parte del nostro reame, e verranno liberamen-
» te, dimoreranno, e ritorneranno colle loro mercanzie
» e loro conduttori senza essere presi o arrestati dalle
» nostre guardie. » Poco dopo Carlo VII accordò alla
città di Lione tre fiere aperte, e nella concessione dichiarò
che tutti i mercanti che avrebbero frequentate queste
fiere avrebbero goduto durante il loro viaggio, dimora
e ritorno, l'esenzione dal diritto di albinaggio. Luigi XI
con lettera patente del mese di marzo del 1462, ag-
giunse una quarta fiera, e all'articolo 9 dichiarò essere
concesso agli stranieri di potere testare e disporre dei
beni a loro beneplacito; che il testamento fatto du-
rante la fiera o immediatamente prima o dopo fosse
valido e avesse il suo effetto come nella patria del te-
statore; che se il forestiere venisse a mancare durante
la fiera senza testamento, i veri eredi avrebbero potuto
succedere secondo gli usi, i costumi e statuti della loro
patria, come se la successione si aprisse nel loro paese.
Queste disposizioni furono poi confermate da Carlo IX
nelle lettere patenti del 7 agosto 1579.[1]

13. Nell'Inghilterra noi troviamo adottate le stesse
misure di rigore a danno degli stranieri, anche qui poi
temperate in favore dei mercanti per gl'interessi del
commercio. Nessuno straniero poteva infatti divenire
proprietario di terra, e se lo straniero acquistava
fondi nel reame, essi erano devoluti al re per titolo di

[1] Bacquet, *Droit d'aubaine*, chap. 14; Boerius, decis. 13. — Demangeat, *De la condition des étrangers en France*, n° 44.

albinaggio. Il primo atto del parlamento in questo senso rimonta alla data del regno di Eduardo II. Questo atto sottopone tutte le terre dei Normanni al diritto di albinaggio e dichiara straniero qualunque individuo nato sotto una sovranità straniera. Lo statuto 2° del 17° anno di questo re, cap. 12, si esprime: « Il re prenderà a ti-
» tolo di albinaggio le terre dei Normanni qualunque sia
» il feudo a cui appartengono, salvi però i diritti ap-
» partenenti ai signori che ànno dominio in detti feudi. »
Anche in Inghilterra noi troviamo imposte moltissime restrizioni agli stranieri. Collo statuto 9 del 1° anno di Riccardo III, fu stabilito che i commercianti stranieri dovessero vendere le loro mercanzie all' ingrosso e solamente nei primi otto mesi dopo l'arrivo nel regno, ed adoprarne il prezzo nella compra di generi inglesi: che nessuno straniero potesse vendere o comprare lana nel reame o fabbricare drappi di lana: che nessuno straniero potesse essere artigiano o domestico. I contravventori di tali disposizioni erano puniti con pene rigorose. Lo statuto 13 del 22° anno di Enrico VIII proibì agli stranieri di esercitare alcun mestiere o professione, e Carlo II vietò di adoperare gli stranieri come fattori nelle isole o colonie soggette a S. M.

Però, come il commercio e l'interesse mercantile è stato sempre lo scopo della nazione inglese nella sua politica, nelle sue istituzioni, nelle sue relazioni internazionali, forza è che la legislazione porti l'impronta delle tendenze di questa nazione. Per favorire l'interesse commerciale e le transazioni furono concessi, secondo il bisogno, alcuni favori ai mercanti stranieri. Noi troviamo fino dai tempi di Giovanni senza Terra (1215) alcune disposizioni in favore dei mercanti (art. 50), e altre moltissime ne troviamo nei tempi successivi secondo i bisogni del commercio. Senza farne l'enumerazione

noteremo solamente come ai tempi di Giorgio II, nell'anno 22° del suo regno, per incoraggiare la pesca della balena fu promulgato uno statuto col quale si accordava la cittadinanza inglese a qualunque straniero avesse servito per tre anni su di un bastimento inglese che faceva la pesca. Altra volta la cittadinanza inglese fu conferita per interessi politici; così sotto lo stesso Giorgio II nell'anno 13° del suo regno per favorire l'emigrazione dei protestanti che, vessati in Europa, si rifugiarono nelle colonie inglesi, fu emanato uno statuto col quale era conferita la cittadinanza inglese a qualunque straniero che per 7 anni avesse dimorato nelle colonie. E sotto Giorgio III, per favorire la Società delle Indie che avea bisogno di un prestito, fu concesso agli stranieri di godere l'ipoteca sui fondi liberi o enfiteutici esistenti nelle Indie.

Tutto ciò rivela lo spirito della legislazione inglese e dimostra all'evidenza che il commercio è sorto in Inghilterra colle sue istituzioni. Ed è perciò che oltre le rigorose disposizioni circa gli stranieri, dettate dall'interesse mercantile, troviamo nel 5° anno di Giorgio I lo statuto 27 col quale è proibito agl'Inglesi di portare la loro industria e le loro manifatture in paese straniero; sotto pena di perdere la cittadinanza e di divenire incapaci di succedere o di ricevere alcun legato in Inghilterra se non ritornavano entro i sei mesi dall'avviso loro dato dal console o ministro inglese.

14. I primi tentativi per temperare le rigorose disposizioni a carico degli stranieri furono fatti dalla Chiesa; la quale non poteva conciliare gl'inumani diritti di albinaggio e di naufragio coi precetti di una religione nemica di ogni disuguaglianza fra gli uomini; e perciò in quei luoghi in cui avea qualche autorità il diritto canonico furono alleggeriti i rigori contro gli stranieri. Altri temperamenti furono apportati dalla civiltà, dal

progresso e cui bisogno reciproco di allargare i rapporti colle genti estere, e così furono fatte le convenzioni diplomatiche basate sul sistema della reciprocità, colle quali si cercò di assicurare ai proprii sudditi dimoranti in paese straniero alcuni vantaggi, concedendoli uguali anche ai sudditi di quel paese dimoranti nel territorio dello Stato.

Parecchi trattati furono stipulati per abolire il diritto di albinaggio col patto della reciprocità; ma colle trattative diplomatiche si sarebbe arrivati troppo tardi ad una radicale riforma della legislazione interna dei nuovi Stati, se non sopraggiungeva la rivoluzione del 1789 che modificò completamente le basi di tutte le quistioni sociali e politiche.

La rivoluzione francese, che ebbe per scopo di rivendicare i diritti dell'uomo, colle riforme radicali che operò in tutti gli ordinamenti sociali e colle idee filantropiche con cui rinnovellò il passato, non poteva conservare le barriere che tenevano divisi i popoli. L'Assemblea costituente proclamò infatti che il diritto di albinaggio era contrario ai principii di fratellanza che devono legare tutti gli uomini, qualunque fosse il loro paese ed il loro governo; che questo diritto, adottato in tempi barbari, dovea essere proscritto da un popolo che avea fondato la sua costituzione sul rispetto dei diritti dell'uomo e del cittadino, e che la Francia libera dovea aprire le sue porte a tutti i popoli invitandoli a venire a godere sotto un governo libero i diritti sacri ed inviolabili dell'umanità.[1] Il 6 agosto 1790, l'Assemblea costituente formulando questi principii in disposizioni legislative, decretò l'abolizione del diritto di albinaggio senza reciprocità, e con successivo decreto

[1] Massé, *Droit commercial*, liv. II, tit. 2, chap. 1, sect. 1, § 1, — il quale cita *Motif du décret du 6 août* 1790.

dell'8 aprile 1791, gli stranieri anche non residenti in Francia furono ammessi a raccogliere la successione di un francese. Altre generose disposizioni in favore degli stranieri noi troviamo nella legge del 9 marzo 1793.

*15. Quando il sistema repubblicano fu seguito da un sistema monarchico sotto nome di consolato, le idee saggiamente liberali della costituente rispetto agli stranieri non trionfarono. Nella redazione del codice civile due erano i sistemi che si potevano seguire: o ammettere gli stranieri al godimento compiuto dei diritti civili senza reciprocità, il che sarebbe stato conforme ai principii dell'equità naturale; o consacrare il sistema della reciprocità con cui si concedevano agli stranieri alcuni vantaggi sulle basi delle relazioni diplomatiche esistenti colla nazione cui essi appartenevano. Questo ultimo prevalse, e l'articolo 11 del codice di Napoleone stabilì che gli stranieri godrebbero in Francia gli stessi diritti civili che sono o saranno accordati ai Francesi dai trattati colla nazione cui essi appartengono.

L'articolo 11 del codice francese, nella forma indeterminata con cui fu redatto, può aprire il più largo campo all'arbitrio. Forse fu preferita quella forma per dare al primo console una gran forza rispetto alle potenze straniere, ma non si può conciliare coi progressi della legislazione nei tempi moderni. Il far dipendere l'esercizio dei diritti civili degli stranieri dai trattati, è un principio di altri tempi, e che rende incerto qualunque diritto. Esso subordina a considerazioni politiche esteriori, alle alleanze ed amicizie dei sovrani la condizione civile di una numerosa classe di persone, le quali potrebbero essere private dell'esercizio dei loro diritti, se una circostanza qualunque rompesse l'armonia fra i sovrani. Noi sappiamo che tale non è lo spirito della legge, e che il legislatore francese non po-

trebbe applicare l'articolo 11 in contradizione coi principii della civiltà moderna; ma non vi à dubbio che la redazione dell'articolo è antiliberale specialmente valutando la forza delle significanti parole *par les traités*, e l'indeterminazione delle altre *droits civils* colle quali si può pure intendere tutte le facoltà riconosciute e sanzionate dalla legge civile.[1]

Noi non vogliamo allungarci a commentare l'articolo 11: notiamo solamente che l'interpretazione data a quell'articolo dai giureconsulti, e la maniera con cui è stato applicato, ànno eliminati gl'inconvenienti che derivano dalla sua redazione. Infatti interpretando benignamente le parole, si arrivò a conchiudere che il diritto della proprietà immobiliare e i diritti secondarii che ne derivano, il diritto di stare personalmente in giudizio, il diritto di contrarre matrimonio anche con una francese ed altri diritti civili appartengono agli stranieri indipendentemente da qualunque trattato. Tantochè la disposizione dell'articolo 11, che sarebbe indeterminata se si volesse tener conto della lettera, valutando lo spirito della legislazione, si è applicata solamente a certi diritti espressamente negati dalla legge francese allo straniero per ragione di reciprocità, come sono il diritto di farsi attore in giudizio senza prestare la cauzione *judicatum solvi*, il diritto di succedere *ab intestato* e di ricevere per donazione o per testamento. l' esclusione del beneficio della cessione giudiziaria, la sottomissione di pieno diritto all'arresto personale, e quindi si è arrivato a conchiudere che lo straniero gode in Francia tutti i diritti civili che sono concessi ai forestieri, eccettuati solamente quei diritti che espressamente gli sono negati con speciali disposizioni della legge.

[1] Locré, t. II, p. 113. Demangeat, op. cit. n. 56.

Notiamo finalmente che le disposizioni relative al diritto di succedere, le quali sono consacrate negli articoli 726 e 912 del codice di Napoleone, furono modificate colla legge del 14 luglio 1819. L'articolo 726 applica testualmente l'incapacità generale dell'articolo 11 al diritto di raccogliere un'eredità in Francia, e l'articolo 912 stabilisce che non si può in nessuna guisa disporre in favore di uno straniero che nel caso in cui lo straniero potesse disporre in favore di un francese. Questi due articoli riproducono sotto altra forma il diritto di albinaggio che si era voluto proscrivere: e benchè, come fa notare lo Zaccaria,[1] grande sia la differenza tra il diritto di albinaggio e quello determinato dai citati articoli, pure è indubitato che furono la conseguenza della dottrina del medio-evo. La legge del 1819 corresse tale anomalia, dichiarando che gli stranieri possono succedere, ricevere e disporre in tutta la Francia allo stesso modo che i francesi, senza condizione di reciprocità; salvo il caso di divisione della stessa eredità tra coeredi francesi e stranieri, chè allora i coeredi francesi possono prelevare sui beni esistenti in Francia una porzione eguale al valore dei beni esistenti in paese straniero da cui sarebbero esclusi a qualunque titolo in virtù di leggi o di costumi locali.[2]

*16. Per quello che si riferisce alla condizione degli stranieri in Inghilterra nei tempi moderni avvertiremo che questa parte di legislazione è stata ordinata ed armonizzata solamente durante il regno di Vittoria. Alcuni tentativi furono fatti sotto Giorgio II, ma restarono infruttuosi. Solo nel 1843 M. Hutt presentò alla Camera dei Comuni un *bill* per modificare la condizione degli stranieri e riformare la legislazione sul proposito. La

[1] Zaccaria, *Droit civil français*, t. I, § 60.
[2] Vedi l'Appendice.

Camera dei Comuni giudicò le proposte di forma troppo liberale, ed il *bill* fu rigettato. Però la Camera espresse il desiderio di rivedere questa parte di legislazione e diminuire i gravami per la naturalizzazione. Fu perciò nominata, sulla proposta dello stesso M. Hutt, una Commissione per studiare quella parte di legislazione che si riferiva agli stranieri e per proporne le opportune modificazioni. La commissione fece il suo rapporto e le sue proposte il 2 giugno 1843, e in conseguenza di una lunga discussione la condizione degli stranieri fu determinata dallo statuto 7 e 8 di Vittoria promulgato il 6 agosto 1844, art. 7 e 8.

Questo statuto modificò molte disposizioni, altre ne abrogò: determinò le condizioni per ottenere la naturalizzazione ed accettò molte delle proposte del Comitato, tranne quella di rendere gli stranieri capaci di possedere beni immobili in Inghilterra; capacità che la politica ombratile e non motivata del Parlamento non volle accordare.[1]

Tralasciamo di esporre come la legislazione inglese abbia regolato i diritti degli stranieri, noteremo che la condizione giuridica degli stranieri è stata legalmente determinata durante il regno di Vittoria nel 1844 e notabilmente migliorata dallo statuto 11mo, cap. 20 Vict., e dalla legge più recente del 1870, st. 33, e 34 Vict., c. 14 (*Naturalisation act*), che esporremo nell'Appendice.[2]

17. Per quello che si riferisce alla condizione attuale degli stranieri innanzi alla legislazione nostra dobbiamo osservare che il Codice civile italiano, promulgato dopo la costituzione del Regno d'Italia, à fissato definitivamente

[1] Le Baron, *Le code des étrangers*; Westoby. *Résumé de la législation anglaise.*

[2] Vedi Appendice, pag. 517, 534.

la condizione degli stranieri ammettendo a loro riguardo principii liberali che sono il completamento delle nostre liberali tradizioni rispetto ai forestieri.

Il nostro codice non solo à equiparato la condizione dello straniero a quella del cittadino per quello che si riferisce al godimento dei diritti civili (art. 4), ma, imitando la lodevole iniziativa data dal Belgio, à voluto codificare altresì i principii con cui devono applicarsi le leggi straniere, e stabilire alcuni criterii per risolvere i conflitti di legislazioni, la di cui ragionevolezza valuteremo meglio nei capitoli seguenti.

In verità presso noi non sono state mai adottate le enormezze che formavano la ragione comune degli altri Stati di Europa: e specialmente i diritti di albinaggio e di naufragio. Nell'antico Regno delle Due Sicilie troviamo fin dai tempi di Federico Svevo due costituzioni da cui sono tratte le autentiche *Omnes peregrini* e *Navigia*, una sotto il titolo del codice *Comunia de successionibus*, l'altra sotto il titolo *De furtis et servo corrupto.*[1] Colla prima quell'imperatore, mentre dava piena facoltà agli stranieri di testare, toglieva la successione degli ospiti mettendo a cura dei vescovi locali di consegnare i beni agli eredi. Coll'altra abrogava l'universale consuetudine d'impadronirsi degli avanzi del naufragio. Anche sotto Carlo V noi troviamo generose disposizioni in favore dei naufraghi.[2] Quando poi nella maggior parte delle contrade di Europa il diritto di appropriarsi i beni degli stranieri era considerato come un vero diritto di regalia, presso di noi l'albinaggio si applicava solamente ai cittadini di quegli Stati che lo praticavano a danno dei nostri connazionali. Così era nell'antico regno delle Due Sicilie, ove prima della promulgazione del co-

[1] Cod., lib. IV, tit. 59, tit. 2.
[2] Rocco, *Diritto civile internazionale*, parte 1ª, cap. 1.

dice che stabilì come regola la reciprocità (art. 9), l'albinaggio era proscritto dai trattati esistenti con molti Stati. Nella collezione delle prammatiche, sotto il titolo *fœdera*, si trovano molti trattati stipulati per la mutua capacità di succedere tra i rispettivi nazionali: così nei trattati colla Svezia, con l' Olanda, con la Danimarca con la Porta Ottomana, colla Russia ed in quello tra Luigi XV e Carlo III di Spagna nel 1762. Non vogliamo negare che anche gli stranieri cui era concesso il diritto di succedere e possedere beni non fossero soggetti a certe disposizioni gravose. Tali erano, per esempio, la *gabella hæreditaria* che consisteva in un diritto di detrazione cui erano soggetti gli stranieri ammessi a succedere nel Regno delle Due Sicilie, o che a qualunque titolo vi acquistavano beni. Tale diritto fu abolito per ragione di reciprocità, rispetto ai sudditi austriaci con una convenzione conchiusa a Vienna il 19 aprile 1844, e rispetto ai sudditi di molti altri Stati con trattati successivi. I forestieri poi possessori di beni e domiciliati all'estero erano tenuti ad una contribuzione fiscale straordinaria, detta diritto di *valimento*, e pel timore che non frodassero il fisco con simulate vendite dei loro effetti ai nazionali, non era permesso agli stranieri di alienare i loro beni ai cittadini dimoranti nel regno senza aver prima ottenuto il reale beneplacito. Tale provvedimento dato da Vittorio Amedeo nel 1714 per la Sicilia, fu esteso anche a Napoli; anzi nel 1745 fu stabilito che l'effettiva e reale alienazione a pro dei nazionali non togliesse i gravami cui erano soggetti i beni degli stranieri se non per grazia sovrana o per transazione col fisco.

Quando nell'antico regno delle Due Sicilie, alle costituzioni, ai capitoli, alle prammatiche, alle consuetudini generali e locali fu sostituito il codice (26 marzo 1819), il legislatore consacrò il sistema della stretta reciprocità.

Nell'articolo 9 del citato codice si trova scritto: « Appar-
» tenendo ai nazionali del Regno delle Due Sicilie l'eser-
» cizio così dei diritti civili, come dei diritti politici,
» compete l'esercizio dei soli diritti civili:

» 1° Agli stranieri per quei diritti che la nazione
» cui essi appartengono accordi ai nazionali: salve le
» eccezioni che per transazioni diplomatiche potrebbero
» aver luogo;

» 2° Agli stranieri ammessi dal governo a stabilire
» il loro domicilio nel regno per tutto quel tempo che
» continueranno a risedervi. »

E nell'articolo 617 è scritto: « Uno straniero è am-
» messo a succedere nei beni che lo straniero o nazio-
» nale possedeva nel territorio del regno in conformità
» dell'articolo 9, n° 2. »

Da tali articoli si conchiude che i forestieri cui era dato fissare il loro domicilio nel regno di Napoli, erano considerati giuridicamente come capaci di godere tutti i diritti civili e quindi di fare testamento, succedere, stare in giudizio, contrattare, alienare, ec., la quale facoltà era pure concessa agli esteri non aventi domicilio nel regno, ma a reciprocità.

Nelle legislazioni che vigevano negli altri Stati in cui era divisa l'Italia, circa il godimento dei diritti civili concesso agli stranieri, predominava il sistema della reciprocità dalla quale erano pure determinate le norme per le successioni. Noi vogliamo qui riferire qualche disposizione particolare che non si trova nel codice delle Due Sicilie. L'articolo 26 e 27 del codice Albertino per gli Stati di Sardegna è nello spirito conforme all'articolo 9 e 647 del codice delle Due Sicilie: l'articolo 28 à una disposizione tutta speciale: « Non potranno gli
» stranieri acquistare, nè prendere a pegno, ad affitto,
» a colonia beni stabili nel territorio dello Stato, i quali

» sieno situati ad una distanza minore di cinque chilo-
» metri dai confini, sotto pena di nullità del contratto.
» Non potranno similmente i beni che si trovano in tale
» condizione aggiudicarsi ad alcuno straniero in paga-
» mento dei suoi averi, ma dovranno sempre i detti
» beni venire subastati, e lo straniero sarà sodisfatto nel
» prezzo. Il tutto senza pregiudizio delle maggiori proi-
» bizioni per alcuno degli Stati stranieri, stabilite coi
» trattati. »

L'articolo 702 del citato codice poi dispone: « Lo
» straniero che possiede beni nello Stato, può disporne
» per testamento anche in favore di uno straniero, a
» norma dell'articolo 26 (*che sanziona il sistema della*
» *reciprocità*). Nel caso poi che non potesse disporre a
» norma di detto articolo, potrà nulla di meno disporre
» a favore di un suddito. »

Nel codice per gli Stati di Parma e Piacenza si trova scritto all'articolo 1402: « Non possono essere
» compratori nemmeno all'asta pubblica, sotto pena di
» nullità del contratto, nè direttamente, nè per inter-
» posta persona, i forestieri per rispetto ai beni stabili,
» quando loro non siane guarentita la facoltà dai trat-
» tati e dalle dichiarazioni, o quando non ne abbiano
» ottenuto anteriormente il beneplacito. » E l'art. 619,
comma 5, dispone: « Il forestiero che avrà fatto acquisti
» di beni stabili in questi Ducati, qualora non possa gio-
» varsi di quanto è disposto nell'articolo 32 (*che san-*
» *ziona il sistema della reciprocità*), potrà disporre
» anche per testamento, purchè disponga in favore di
» un cittadino di questi Stati. »

Nella legislazione toscana noi troviamo primieramente favorita la condizione dei forestieri solo per allettarli a certi centri di commercio. Sono celebri sotto questo rispetto le leggi di Ferdinando I, per attrarre i

forestieri al porto di Livorno. (*L. del 10 giugno 1593*). Circa poi la capacità dei forestieri ad acquistare beni stabili o a riceverli per liberalità testamentaria o per legittima successione dei nazionali, prevalse il sistema della reciprocità, sanzionata dal motuproprio del 1784 e dalla legge del 18 agosto 1814. L'articolo 30 di detta legge dice: « Tutti i forestieri appartenenti ad un paese » in cui i sudditi delli Stati di Toscana non vengono » esclusi dalle successioni, sono abilitati a succedere » nelli Stati di Toscana nel modo stesso col quale suc- » cedono i sudditi medesimi. » Ma più tardi la capacità degli stranieri a succedere ed acquistare in Toscana fu notabilmente modificata dal sovrano motuproprio dell'11 dicembre 1835, il quale abolì quasi completamente il sistema della reciprocità, riconoscendo che l'escludere gli esteri dalle successioni per diritto di ritorsione era contrario ai veri interessi dello Stato.

L'articolo 1° del citato motuproprio dice: « Li esteri, » a qualunque nazione appartengano, saranno ammessi » nell'avvenire a succedere in tutta l'estensione del » territorio dei nostri Stati, nelle eredità testate ed in- » testate, e ad acquistare per qualunque titolo, anche » lucrativo, alla pari dei nostri sudditi e nel modo » stesso ed ai medesimi effetti *senza che ad alcuno di* » *essi possa opporsi la esistenza di leggi che inabilitino* » *i Toscani a succedere ed acquistare nello Stato a cui* » *appartiene.* » Il liberale principio sanzionato dall'articolo 1°, era poi modificato nel solo caso di concorrenza di coeredi toscani e stranieri dall'articolo 2. « Nel caso » di divisione di una successione deferita per atti di » ultima volontà o per disposizione della legge ad eredi » toscani e stranieri e composta di beni situati parte » in Toscana, parte all'estero, gli eredi toscani potranno » prelevare sui beni situati nel granducato una porzione

» eguale in valore ai beni posti in paese straniero, e
» dai quali per leggi o statuti di quel paese vengono
» esclusi, e tal disposizione si applicherà pure agli eredi
» per titolo singolare ed ai legatarii. »

Nel ducato di Lucca l'articolo 53 del decreto relativo alle successioni del 22 novembre 1818 stabilì: « I forestieri appartenenti ad uno Stato in cui i sudditi
» dello Stato di Lucca non sono esclusi dalla successione,
» sono ammessi a succedere nello Stato di Lucca nel
» modo stesso col quale succedono i sudditi lucchesi. »

Notiamo inoltre che, secondo il Regolamento legislativo sanzionato da Gregorio XVI e vigente nello Stato Pontificio fin dal 1° gennaio 1835, è stabilito, titolo II, articolo 8: « Gli stranieri sono capaci di succedere al-
» l'eredità testata o intestata e di acquistare nello Stato
» Pontificio se, e come per le leggi vigenti nei paesi
» esteri, saranno capaci di succedere e di acquistare i
» sudditi pontificii, salve le convenzioni politiche e i
» trattati.

Finalmente a norma dell'art. 9 del titolo preliminare, codice civile pel cantone Ticino, è dichiarato: « Le
» leggi favoriscono ed obbligano anche lo straniero in
» quanto soggiorna, contratta, possiede o può acquistare
» nel cantone. Per godere però del beneficio della legge
» dovrà provare lo straniero che i Ticinesi sono am-
» messi ad eguali diritti nello Stato cui egli appartiene.
» Lo straniero è sempre escluso da quei diritti il cui
» esercizio richiede essenzialmente la qualità di citta-
» dino ticinese. »

Qualunque sieno state presso noi le restrizioni circa il diritto di alienare, ed i gravami imposti agli stranieri, pure è indubitato che nei tempi moderni noi possiamo dire con sodisfazione che il codice civile italiano segna un vero progresso, perchè à voluto mettere in armonia

i diritti degli stranieri col principio delle nazionalità che è la base del nostro diritto pubblico.

18. Per quello che si riferisce alla condizione degli stranieri in alcune altre legislazioni, noteremo che, in Olanda, secondo l'art. 9 della legge del 15 maggio 1829, il diritto civile del reame è lo stesso per gli stranieri e per gli olandesi, ammenochè la legge non abbia espressamente dichiarato il contrario. L'articolo 33 del codice austriaco stabilisce che gli stranieri godono gli stessi diritti che gl'indigeni, quando la qualità di cittadino non è richiesta; ma per i casi dubbii il diritto di albinaggio è in vigore. In Ispagna, secondo l'articolo 18 del codice di commercio, gli stranieri che avranno ottenuto la loro naturalizzazione, o che avranno il loro domicilio nella Spagna conforme alle leggi del paese potranno esercitare il commercio cogli stessi diritti e cogli stessi vantaggi dei sudditi spagnuoli. Per quelli poi non naturalizzati o non autorizzati a fissare il domicilio legale, non potranno esercitare il commercio nel territorio spagnuolo che uniformandosi alle regole convenute ed ai trattati esistenti coi loro governi rispettivi. In mancanza di trattati si ammette la stretta reciprocità. In Russia gli stranieri non possono esercitare il commercio che a condizione che sieno iscritti in *guilde* o divisione dell'ordine dei commercianti.[1]

[1] Massé, *Droit commercial*, loc. cit.

CAPITOLO III.

Considerazioni storiche sul rapporto di sudditanza.

19. Origine del rapporto di sudditanza nel medio evo. — 20. Del concetto della sudditanza dopo Carlomagno. — 21. Del fondamento della sudditanza in Inghilterra. — 22. Negli Stati moderni la sudditanza è stata diversamente considerata secondo la prevalenza del diritto feudale o del diritto romano.

19. La sudditanza è uno dei principali rapporti che determina la subordinazione dell'individuo all'autorità sovrana ed alla legge del suo paese. Essendo stato duplice il sistema seguito nel determinare il fondamento di questo rapporto, noi stimiamo indispensabile premettere alcune considerazioni storiche per chiarire la ragione dei sistemi.

Nel medio evo due furono gli elementi da cui derivò la sudditanza, e molto bene distinti, nelle due parti di popolazioni soggette ai Franchi ed agli altri re barbari. I Franchi che si considerarono in tutto eredi dei diritti dell'impero imposero il giuramento di fedeltà ai loro sudditi ed a preferenza a quelli che abitavano le città, imitando gl'imperatori romani i quali obbligavano al giuramento i cittadini e gli abitanti delle provincie. Il giuramento di fedeltà fu una delle forme con cui si stabilì il rapporto di sudditanza perchè esso legava indissolubilmente il cittadino al suo sovrano. L'altro fattore della sudditanza fu effetto delle tradizionali abitudini delle tribù germaniche.[1] Queste erano ordinariamente guidate da un capitano, circondato da guerrieri che a lui volontariamente si consacravano

[1] Westlake, *Conflict of Law*, chap. 2.

con fedeltà e sottomissione. I guerrieri divennero rispetto al loro capo i suoi fidi ed i veri compagni d'arme, e questo legame che li univa al loro condottiero divenne più stretto quando cominciarono a ricevere qualche benefizio dal loro signore e si sentirono obbligati alla fedeltà per riconoscenza e gratitudine. Questi benefizii prima consistevano in doni ed onori; come sedere a tavola col loro duce o ottenere da lui armi, cavalli e simili; poscia, quando i capi mediante le conquiste sull'impero divennero possessori di terre, divisero le terre conquistate tra i loro fidi, e così i guerrieri ottennero certe porzioni di terra che poi si dissero feudi, e la fedeltà e la sottomissione al loro signore fu per loro un obbligo di riconoscenza e di gratitudine.

In seguito, fra le violenze e la generale confusione, divenne continuamente più difficile anche per i proprietarii allodiali ed indipendenti di difendere la loro proprietà senza mettersi sotto la protezione di un signore: s'introdusse quindi l'abitudine di raccomandare la sicurezza e difesa della propria persona e dei proprii diritti ad un signore, e a poco a poco si organò il regime feudale. « Così, scrive il Guizot, si formò gradatamente quella gerarchia di proprietà e di persone che dovea divenire la feudalità; così per la divisione progressiva dei benefizii si estese di giorno in giorno questa serie di vassalli e sottovassalli legati gli uni agli altri da obbligazioni simili, di cui era principale obbligo la fedeltà che formava il titolo del loro possesso. Benchè nel loro concatenamento graduale da intermediario ad intermediario, queste obbligazioni legassero al sovrano la maggior parte dei benefiziati, e imponessero loro certi doveri, diretti o indiretti, di fedeltà, pure in una società violenta e dappoco questa relazione era così rimota e sì poco potente che la sudditanza e l'unità della mo-

narchia non potè realizzarsi. I rapporti più efficaci erano i più immediati e i personali, che corrispondevano alle antiche abitudini delle tribù germaniche. Come queste non sentivano altra devozione che verso il condottiero della banda, così i vassalli non conobbero altri che il loro signore. »[1]

20. Carlomagno, per legare più direttamente i sudditi alla sua persona ed al suo potere, tentò di rompere la gerarchia feudale, di mettersi in comunicazione diretta e senza intermediarii cogli uomini liberi, e di fare predominare la relazione tra re e cittadini su quella di vassalli e signori. Egli si sforzò di mutare il concetto di fedeltà, e mentre fino allora la si era considerata come un' obbligazione personale dell' uomo libero verso il suo capo, quasi ricompensa dei vantaggi e della protezione che ne otteneva, dopo gli ordinamenti di Carlomagno divenne un' obbligazione pubblica e fu reclamata in nome della sovranità senza alcuna considerazione dei beneficii che se ne fossero ottenuti. La sovranità cominciò così ad affrancarsi dalla gerarchia feudale e a mostrarsi come potere pubblico esistente per suo proprio diritto, onde si modificò l' idea del rapporto di sudditanza. Però il concetto di Carlomagno non potè realizzarsi perchè i proprietarii inferiori non sapevano concepire la sudditanza al sovrano trascurando quella del signore del feudo, con cui erano in rapporto immediato; e perciò, nei suoi statuti ed in quelli di san Luigi, non fu definito quale parte dovesse prendere il vassallo nel caso di una contesa fra i suoi successivi superiori.[2]

21. Nell' Inghilterra la storia del rapporto di sudditanza seguì le stesse fasi. Secondo alcuni fu Edmondo

[1] Guizot, *Essai sur l'histoire de France*, p. 105.
[2] Westlake, luogo cit.

che dimandò il primo il giuramento a tutti gli uomini liberi; ma è certo che nella collezione delle sue leggi non si trova nulla in proposito, e che i re anglo-sassoni non resero obbligatorio tale giuramento. Quegli che veramente obbligò tutti i liberi possidenti a prestare un giuramento personale al re, fu Guglielmo il Conquistatore. Un documento, riferito da Guizot all' anno 1071, conosciuto sotto il nome *carta de quibusdam statutis*, ci attesta che Guglielmo impose il giuramento di fedeltà, il quale fu effettivamente prestato nel 1086 da tutti i proprietarii di terre in tutte le contrade d' Inghilterra. Anzi mentre Carlomagno non avea definita la forza comparativa del giuramento prestato a lui e di quello che ciascun vassallo prestava al proprio signore, Guglielmo impose il giuramento di fedeltà a lui solo contro qualunque uomo. Quest'esempio fu seguito da Federico Barbarossa, il quale nella Dieta di Roncaglia (1158) stabilì che nel giuramento di fedeltà che il vassallo prestava al signore, dovesse nominativamente essere esclusa la persona del re.

22. Queste brevi considerazioni storiche sull' origine del rapporto di sudditanza ci spiegano la naturale tendenza a considerare tale rapporto come qualche cosa di geografico e territoriale. Infatti il titolo originario della fedeltà, da cui derivò la sudditanza, fu il possesso della terra. Anche nel giuramento prestato poi al re la fedeltà si considerò sulle prime come connessa al suolo e l' obbligazione personale come limitata nell' estensione del territorio: tanto che si dinotarono sotto il nome di sudditi e non sudditi, quelli nati dentro o fuori il territorio dello Stato. Da ciò derivò che quelle nazioni che conservarono più tenacemente le tradizioni feudali considerarono i rapporti tra sovrano e suddito ristretti nel territorio e perciò ammisero la massima *leges non ra-*

lent extra territorium, di cui esamineremo le conseguenze esponendo i sistemi seguiti in questa materia. Nell'Inghilterra, per esempio, presso cui le tradizioni feudali si conservarono più tenacemente, la sudditanza si fece dipendere dall'essere nato dentro o fuori il reame, e questo principio si esagerò tanto che si disse i figli nati in Inghilterra da stranieri potere aver diritto ai privilegi annessi al carattere britannico, ed i figli nati da inglesi fuori del regno unito doversi considerare come stranieri. Queste due massime si applicarono tanto rigorosamente che, facendo dipendere la sudditanza dal semplice fatto della nascita nei dominii di un sovrano, si elevò il dubbio se il figlio del re nato accidentalmente fuori potesse ereditare la corona. Il dubbio era logico. Eduardo III, stat. 25, dopo averlo eliminato assolutamente per l'erede della corona, stabilì che tutti i figli nati all'estero da padre e madre inglesi dovessero godere il beneficio di potere accettare l'eredità in Inghilterra, purchè però la madre avesse passato il mare col permesso del marito.[1]

Questa tendenza a considerare la sudditanza come qualche cosa di geografico non fu accettata presso quelle nazioni che modificarono le tradizioni feudali coi principii del diritto romano. La cittadinanza presso il popolo romano era il più grande privilegio, e la sudditanza il più grande onore, e quando risorse lo studio del diritto romano si cominciò a comprendere che la sudditanza dovesse considerarsi piuttosto come un beneficio volontariamente accettato, che come un legame necessariamente imposto. Perciò essa si fece dipendere più dall'elezione volontaria dell'individuo che dal fatto materiale della nascita. Il diritto romano che personifi-

[1] Westlake, *The conflict of Laws*, chap. 2.

cava quasi tutti i diritti di famiglia nella persona del padre, stabiliva che il fanciullo dovesse seguire la condizione di suo padre, e che dovesse considerarsi cittadino non già del luogo in cui fosse nato, ma di quello in cui avrebbe dovuto nascere: *est autem originis locus in quo quis natus est aut nasci debuit licet forte alibi natus esset matre in peregrinatione parturiente.*[1]

In conformità di questo principio fu stabilito secondo la legislazione francese che l'individuo nato all'estero da padre francese dovesse considerarsi francese, non perchè il figlio siegue la condizione del padre, ma perchè si presume, secondo riflette il Vattel, che ogni fanciullo voglia appartenere alla stessa nazione di suo padre.[2] E tanto è vero che la legge fece dipendere la scelta della nazionalità dalla libera elezione dell'individuo, che riserbò pel fanciullo nato all'estero la facoltà di scegliere la nazionalità del luogo in cui era nato, facendone la dichiarazione alla maggiore età.

Questo modo diverso di considerare la sudditanza dette origine ad un altro sistema per determinare i rapporti tra sovrano e suddito; e mentre il primo li faceva dipendere dal territorio e li limitava nell'estensione del territorio, il secondo facendoli derivare dalla libera volontà dell'individuo li considerò come permanenti fino a dichiarazione in contrario, e li fece valere anche fuori del territorio.

[1] Voet, *Ad Pand.*, V, 1, § 91.

[2] « .... l'on présume de droit que chaque citoyen en entrant dans la société réserve à ses enfants le droit d'en être membres.... » *Droit des gens.* l. 1, § 212, 215.

CAPITOLO IV.

Principii fondamentali secondo il nostro sistema.

23. Coesistenza armonica delle nazioni. — 24. Diritto di sovranità degli Stati. — 25. Le leggi fatte per un popolo non si possono applicare a popoli diversi. — 26. Ciascun sovrano può esercitare i diritti di sovranità oltre i limiti del proprio territorio, purchè non offenda i diritti degli altri. — 27. Nessuna autorità straniera può offendere i principii di ordine pubblico e l'interesse economico, morale e politico dello Stato. — 28. La magistratura solamente deve decidere quando l'applicazione di una legge straniera offenda i principii di ordine pubblico consacrati nella legislazione del proprio paese.

Nello stabilire le regole generali colle quali si possono risolvere i conflitti di legislazioni, gli scrittori ànno adottato principii diversi a base della loro teoria. Prima di esporre i loro sistemi e farne la critica gioverà toccare dei principii che sono il fondamento della nostra dottrina.

23. *Gli Stati o le Nazioni devono coesistere armonicamente e giuridicamente nella grande società che dicesi genere umano.* — Quantunque gli Stati, che, secondo noi, dovrebbero essere le nazioni politicamente costituite, siano autonomi ed indipendenti, non possono vivere isolati perchè nessuno è sufficiente a se stesso. La legge della divisione del lavoro è vera, sia che si applichi agl'individui, sia che si applichi ai popoli. Ciascuno di essi à uno speciale cómpito secondo le diverse condizioni geografiche, etnografiche e morali che determinano la sua vocazione e la sua vita, e per provvedere al suo miglioramento civile è costretto ad entrare in relazione cogli altri. Il bisogno dell'associazione e la legge della divisione

del lavoro legano fra loro i popoli e sono il fondamento del commercio internazionale. Noi quindi consideriamo l' umanità come un organismo i cui elementi sono i popoli; e la sua vita come un esplicamento continuo della legge di sociabilità ed un ravvicinamento di forze individuali e collettive. Tutto ciò bene studiato prova la necessità della coesistenza armonica e giuridica delle nazioni.

24. ***Ciascuno Stato à diritto di custodirsi e di conservarsi.*** — Infatti ciascuna nazione può organarsi politicamente nel modo più conforme ai bisogni degli associati ed al grado di civiltà, e determinare le condizioni esteriori necessarie per conservarsi. La sovranità esercita perciò i suoi diritti e la sua giurisdizione in tutta l' estensione del territorio, nei limiti e nella forma determinata dalla legge costituzionale del paese: assicura l' ordinato svolgimento delle libertà individuali e ne modera l' abuso: provvede all' interesse economico amministrativo e militare: tutela i diritti di quelli che vivono nel territorio; garantisce la proprietà e ne conserva l' organismo. La sovranità à perciò il diritto esclusivo di fare le leggi necessarie a custodire e conservare l' organismo politico e tutelare gl' interessi dei privati.

25. ***Le leggi di uno Stato non si possono applicare che ai sudditi pei quali principalmente sono fatte.*** — La legislazione di ogni Stato è infatti il complesso delle massime formulate e promulgate dalla sovranità per conservare e custodire l' organismo politico, e per servire di norma costante all' esercizio dei poteri sociali e delle libertà individuali. La sorgente vera ed essenziale di qualunque legislazione è nella giustizia immutabile e nei rapporti necessarii delle cose, però considerandola nella sua origine apparente e sensibile dagli organi rappresentativi della sovranità, essa varia se-

condo i tempi e secondo i luoghi. La nazione è per noi un aggregato di genti che parlano la stessa lingua, che abitano la stessa contrada, che ànno le stesse inclinazioni e le stesse tendenze di affinità. Le stesse condizioni di razza, di clima, di posizione geografica ed etnografica, di attitudini fisiche e morali, e di tutti gli elementi che costituiscono storicamente la vita di un popolo, non solo influiscono nella formazione di quell'organismo, ma esercitano altresì grandissima influenza nello svolgimento della vita intima di ciascuna nazione. È perciò che ciascuna legislazione positiva porta l'impronta degli usi, delle tradizioni, della civiltà del popolo, e poichè essa è basata sui rapporti naturali delle persone e delle cose, non si può giustamente applicare che a quelli che appartengono allo stesso corpo politico.

Sotto questo rispetto il sistema del Montesquieu merita tutta la considerazione. Egli infatti diceva che le leggi, nel più ampio significato della parola, sono i rapporti necessarii che derivano dalla natura delle cose. Investigando l'origine e la ragione delle leggi, esaminando le istituzioni civili e politiche in relazione alle diverse cause che le producono e le modificano, il Montesquieu comprese che le leggi non sono un'emanazione arbitraria, ma un'espressione dei rapporti essenziali che esistono fra gli uomini e le cose, e riconoscendo fra le diverse cause che concorrono alla loro formazione il clima, il territorio, la religione, le consuetudini, dètte tanta importanza alle circostanze esteriori nell'organamento della società, da mettere la società sotto il giogo della natura. I suoi seguaci esagerarono anche di più la sua teoria, e considerarono la politica e tutte le scienze sociali come tanti capitoli della fisiologia umana. Noi non accettiamo tale dottrina così esageratamente interpretata, ma non sapremmo spicgare lo sviluppo

storico e progressivo del diritto senza la teoria del Montesquieu. Secondo noi le leggi di ciascuno Stato portano l'impronta degli usi, delle sue tradizioni, e non si possono applicare ai sudditi di un altro Stato.

26. *Ciascuna sovranità può esercitare i suoi diritti oltre i limiti del proprio territorio purchè non offenda i diritti degli altri sovrani.* — Nella stessa guisa che nella società civile l'esercizio della libertà individuale non può essere limitato che solamente quando offenda i diritti degli altri individui coi quali coesiste, o quelli generali dell'università in cui vive, così i diritti di ciascuna nazione, come potere sovrano, non possono essere limitati che nel caso in cui offendano i diritti delle altre sovranità. Per noi la posizione dell'individuo nella società è conforme a quella delle nazioni nell'umanità. La società non è un meccanismo, ma un organismo. L'individuo non perde la sua personalità, come una goccia d'acqua si fonde nell'oceano: esso non è un mezzo, ma un membro vivente di vita propria, con diritti che gli provengono dalla stessa natura e colla libertà di agire, finchè non offenda il diritto altrui. Il potere del legislatore trova perciò un limite nello sviluppo innocuo della libertà dell'individuo, e la legge deve armonizzare i diritti individuali dei socii cogl'interessi generali dell'università. Da ciò risulta l'economia di uno Stato ben ordinato.

Considerando nella stessa guisa i rapporti delle nazioni nell'umanità, noi osserviamo che ciascuna di esse à l'autonomia assoluta e l'esclusiva giurisdizione nei limiti del proprio territorio, ma non deve impedire l'esercizio dei diritti delle altre quando non ne siano offesi i diritti e gl'interessi proprii. Come il potere del legislatore è limitato dal diritto di natura, così l'autonomia assoluta di ciascun sovrano all'interno è modifi-

cata dai principii del diritto internazionale primitivo, perchè gl' interessi di ciascuno Stato devono essere armonizzati con quelli generali dell' umanità. È vero che, in diritto stretto, le leggi di ciascun sovrano non ànno forza ed autorità che nell' estensione dei suoi dominii: *nullum statutum sive in rem sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur, sese extendit ultra statuentis territorium;*[1] ma è vero altresì secondo i principii del diritto primitivo, che non dev' essere impedita l' applicazione delle leggi anche oltre i limiti del territorio di ciascuno Stato, quando non segua alcuna offesa dei diritti e degli interessi del sovrano territoriale. Noi dunque conchiudiamo che nessun sovrano dovrebbe impedire l' esercizio innocuo dei diritti di sovranità degli altri.

27. *L' esercizio dei diritti di sovranità cessa dall' essere innocuo quando offenda i principii di ordine pubblico, o l' interesse economico, politico, morale, religioso di un altro Stato.* — In ogni legislazione noi possiamo distinguere due parti. L' una che pone le basi fondamentali dell' organismo politico, provvede alla sua conservazione, e stabilisce i rapporti fra gl' individui e lo Stato; l' altra che determina i diritti e doveri delle persone nei loro mutui rapporti. La prima forma il diritto pubblico dello Stato, la seconda il diritto privato. Queste due parti sono intimamente connesse ed inseparabili, ma ben distinte. La prima comprende quella parte preliminare di legislazione che dicesi legge fondamentale o costituzione, e tutte quelle disposizioni ordinate a tutelare la personalità morale dello Stato *uti universitas:* la seconda tutela i diritti degl' individui *uti singuli* nei loro reciproci rapporti.

[1] Voet, *De Stat.*, § 4. C. 2. n. 7.

La conservazione del diritto pubblico è del massimo interesse. Esso è il deposito degli atti più solenni dell'esistenza politica di ciascun popolo, e rivela i suoi costumi, le sue tradizioni, l'impronta della sua vita politica e sociale. Nessun sovrano straniero può attentare menomamente ai principii di diritto pubblico di un altro Stato, perchè l'esercizio dei diritti di sovranità in questo caso diventerebbe veramente nocivo agl' interessi generali di esso Stato. Perciò tutte le persone, sieno esse sudditi o naturalizzati o stranieri, tutte le cose esistenti nel territorio, chiunque sia il proprietario cui esse appartengono, e tutte le azioni di qualunque natura, e in virtù di qualunque diritto si facciano, sono soggette ai principii ordinati a conservare l'ordine pubblico e l'interesse economico, politico, morale, religioso, stabilito a base di quella particolare associazione.

28. *La sola magistratura nei casi controversi è competente a giudicare se una legge straniera debba reputarsi contraria ai principii di ordine pubblico del proprio Stato.* — Il volere enumerare specificatamente tutte le disposizioni di una legislazione che appartengono al diritto pubblico e quelle che appartengono al diritto privato riesce pressochè impossibile nella pratica. Questa è la quistione di tutta la scienza del diritto e non può svolgersi che successivamente. Da ciò però non si può conchiudere che questa grande ed importante partizione del diritto non abbia un fondamento scientifico ed una grande importanza pratica. Le leggi ànno per iscopo di regolare e governare tutti gl' interessi e le relazioni sociali, e poichè gl' interessi e le relazioni sono di diverse specie e di diversi ordini, vi devono essere più ordini e più specie di leggi. La distinzione tra le leggi ordinate a conservare l'organismo politico e clas-

sificare i pubblici poteri *quod ad statum reipubblicæ spectat* e quelle ordinate a tutelare gl'interessi dei privati cittadini nei loro mutui rapporti *quod ad singulorum utilitatem pertinet*,[1] non è una differenza di parole, ma una distinzione essenziale e fondamentale riconosciuta dai giurisperiti di tutte le nazioni.

La legislazione e la scienza non ci danno neppure criterii certi per enumerare tutte le disposizioni legislative che per diverso titolo e con diverso grado interessano l'ordine pubblico. Vanno considerate come leggi di ordine pubblico non solo le leggi costituzionali, amministrative e criminali, ma tutte quelle che si dicono generalmente leggi di polizia e sicurezza, e conviene notare che sarebbe erroneo il pensare che colla denominazione *leggi di polizia e sicurezza* si voglia dinotare soltanto le leggi criminali, e di giustizia repressiva. Tutte le leggi che provvedono alla sicurezza delle persone e della proprietà, alla custodia del buon costume, alla tutela dell'interesse pubblico, o che siano proibitive, o che siano imperative, che abbiano o no sanzione penale, sono leggi di polizia e di sicurezza. Vanno quindi comprese in questa categoria alcune disposizioni del Codice civile, e specialmente quelle che concernono gli atti dello stato civile; quelle che regolano l'esercizio della patria potestà, della potestà maritale, dell'obbligo degli alimenti; quelle che proibiscono la poligamia, il divorzio, il matrimonio tra parenti; alcune delle leggi che regolano le servitù prediali; quelle che proibiscono il fidecommesso, il maiorascato, la manomorta, e simili.

È indubitato che non si può ammettere l'applicazione di una legge straniera che deroga il diritto

[1] *Instit.*, lib. I, tit. 1, § 4.

pubblico dello Stato, od offende una legge di ordine pubblico, ma non si possono stabilire criterii per determinare in modo certo quali sono le leggi di ordine pubblico. Questo è il campo più vasto in cui si rivela l'ingegno indagatore del giureconsulto, e spetta alla magistratura, che deve meglio conoscere lo spirito della propria legislazione, il decidere se l'applicazione di una legge straniera offenda una delle leggi di ordine pubblico.

La fecondità e il valore pratico dei principii, che, a nostro avviso, sono fondamentali per risolvere i conflitti fra leggi di Stati diversi, si potrà apprezzare solo tenendo conto delle applicazioni che saranno fatte in tutto il trattato.

CAPITOLO V.

Esame critico dei sistemi degli scrittori.

29. Il più antico sistema è quello che parte dall'idea che ciascuno Stato debba considerarsi isolato, ed esagera il principio generale, che ciascuno di essi esercita solo ed esclusivamente la sua autorità e giurisdizione in tutta l'estensione del territorio. È chiaro, scrive il Rodenburgo, che nessun governo può dare autorità alle sue leggi fuori del suo territorio: *Constat igitur extra territorium legem dicere licere nemini: idque si fecerit quis impune ei non pareri: quippe ubi cesset statutorum fundamentum, robur et jurisdictio*[1] ed il Boullenois dice: In diritto stretto le leggi che fa ciascun sovrano non ànno forza ed autorità che nell'estensione dei suoi dominii,[2] e P. Voet: *Nullum statutum sive in rem sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur, sese extendit ultra statuentis territorium.*[3]

Esagerando tali principii sotto certo rispetto veri,

[1] Rodenburgh, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, cap. 5, § 4.

[2] Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*. Observation 10, p. 152. Principes généraux sur les statuts, p. 2.

[3] Voet, *De stat.*, cap. 2, § 4.

ànno dedotto immediatamente che le leggi di ciascun sovrano obbligano e regolano di pieno diritto tutte le proprietà sì immobili che mobili che si trovano nel territorio nazionale, tutte le persone che vi abitano, sieno pure o cittadini nati, o naturalizzati, o stranieri, e altresì tutti gli atti acconsentiti o compiuti nella circoscrizione dello stesso territorio. Perciò ciascun sovrano à il potere di stabilire le condizioni sotto le quali il dominio e il possesso dei beni mobili ed immobili si acquista e si esercita, e le condizioni con le quali questi possono essere trasmessi, alienati o espropriati. La stessa legge determinerà la capacità giuridica delle persone che si trovano nel territorio, e la validità dei contratti e degli atti di qualunque natura che possono avere origine nei limiti dello stesso, e le condizioni sotto le quali possono essere intentate le azioni, ed il modo di amministrare la giustizia. Questa dottrina fu accettata dai più valenti giurisperiti, dal D'Argentré, dal Voet, dal Burgundio, dal Boullenois e dallo Story.[1]

Le altre conseguenze che i citati scrittori deducono dagli stessi principii generali sono, che nessun sovrano possa regolare colle proprie leggi direttamente gli oggetti esistenti fuori dei suoi dominii, quand'anche appartenessero a propri sudditi, o esercitare giurisdizione sui cittadini che dimorano fuori del territorio, o dare un valore estraterritoriale alle proprie leggi, senza offendere direttamente l'indipendenza e la sovranità degli altri Stati. Tutta la ragione ne è data dal D'Argentré: *Omnis enim potestas extra fines potestatis attributæ privata est persona et finitæ potestatis finita jurisdictio et cognitio.*[2]

[1] Story, *Conflic o ſLaws, general maxims.*

[2] D'Argentré, *Commentarii in patrias Britorum leges*, art. 218, gl. 6, n. 11.

30. Questi principii furono il punto di partenza di tutte le false teorie per risolvere i conflitti di legislazioni. Però fin dalle prime gl' inconvenienti furono avvertiti dagli stessi propugnatori di tale dottrina. Essi cominciarono a considerare che, applicando le massime che derivano dal diritto stretto, ne seguiva l' incertezza e l' indeterminazione di tutti i diritti. Lo stesso Rodemburgo osservava che se i diritti della persona dovessero regolarsi secondo la legge del luogo in cui la persona potrebbe andare a dimorare, lo stato dell' uomo varierebbe ad ogni viaggio; lo che ripugna, perchè è contradittorio che uno allo stesso tempo possa essere qui maggiore, lì minore, qui sotto la patria potestà e lì emancipato, qui *alieni* e lì *sui juris.*[1] Si pensò quindi che per la comune utilità, e per una specie di necessità sociale, era indispensabile di rendere lo stato delle persone certo e stabile, e di modificare i principii di diritto stretto con la *comitas gentium.*

Rifletteva il Bouhier che, benchè nessuna legge dovesse avere un valore estraterritoriale, pure l' interesse particolare dei popoli limitrofi, la cortesia, la mutua benevolenza e la considerazione che le proprie leggi in simili casi avrebbero lo stesso vantaggio, consigliava di fare alcune eccezioni ai principii assoluti, ed estendere l' autorità di certe leggi oltre i limiti del territorio di ciascun sovrano. Tale estensione, diceva egli, devesi ammettere tutte le volte che l' interesse e l'utilità comune lo esige, e devesi considerare consigliata dalla *comitas gentium.*[2]

Questo temperamento fu ammesso da parecchi

[1] Rodenburgh, *De Jure quod oritur e statutorum diversitate,* tit 4, cap. 3, § 4.

[2] Bouhier, *Coutumes de Bourgogne.* Observations, chap. 23, § 62-63.

scrittori. Erzio, Hubero, Kent, Livermore, Boullenois[1] ed altri accettarono che i principii di stretto diritto doveano modificarsi per la comune utilità.

31. Venne quindi il bisogno di classificare le leggi che doveano avere un valore estraterritoriale e quelle che doveano valere nel territorio solamente, e così ebbe origine il sistema degli statuti. I giurisperiti europei si sforzarono di fare una classificazione di tutte le leggi, cercando di desumerla dalla loro stessa natura. Ammettendo come di utilità comune il rendere stabile la condizione giuridica delle persone, si studiarono di dividere tutti gli statuti in due grandi categorie, statuti personali, cioè, e statuti reali, secondochè direttamente alle persone o alle cose si riferivano.[2] Lo statuto personale è così definito da Erzio.[3] *In personam constituit lex quando personam afficit et quidem primarie; nihil enim obstat si secundarie et vi legis jus aliquid vel acquirendi rem vel disponendi de eadem tribuitur.* Così per esempio la legge che stabilisce la maggiorennità ai 25 anni è una legge personale, quantunque da essa derivi la capacità di disporre dei beni e di fare certi atti, perchè l' oggetto immediato della legge è la persona.

Denominarono poi statuto reale qualunque legge avesse per obietto diretto ed immediato le cose. *Realia sunt,* dice Voet, *quæ rem principaliter afficiunt et circa*

[1] Hertius, *De collisione legum*, § 4, n. 5 e 4; Huberus, *De conflictu legum*, lib. I, tit. 3, § 2, pag. 538; Kent, *Commentaries of American law.* Livermore, *Dissertations on the Contrariety of Laws.* Boullenois, *Observations*, 10.

La parola *statuto* fu adoperata per dinotare qualunque legge o regolamento che permettesse, ordinasse o proibisse qualche cosa. « Chaque disposition d'une loi ou réglement est un statut qui permet, ordonne ou défend quelque chose. » (Merlin, Répertoire, *Statut.*)

[3] Hertius, *De collisione legum*, sect. IV, p. 4.

rem aliquid disponunt, sive personae mentio facta sit, sive non; si modo primaria mens statuentis sit non de personis sed de rebus disponere.[1] Tali per esempio sono tutte le leggi successorie. Fatta questa distinzione, essi stabilirono la regola che gli statuti puramente personali, tanto universali che particolari, accompagnano la persona dovunque: ossia, che la persona à dovunque lo stato particolare e universale che è determinato dalla legge del suo domicilio. Le leggi reali poi non ebbero estensione che nei limiti del territorio di ciascuno Stato.

32. La teorica sembrò semplicissima e tale da togliere tutte le controversie, e fu accettata dalla gran parte dei giureconsulti. Il D'Argentré, il Rodemburgo, il Burgundio, il Voet, il Boullenois, il Molineo, lo Stockmans ed altri presero a base delle loro ricerche la distinzione suaccennata, ma nell'applicazione pratica della regola sorsero tante difficoltà tra gli stessi suoi sostenitori, che non si arrivò ad eliminare le interminabili controversie. Come stabilire colle definizioni da essi date quando la legge sia reale, e quando personale? Alcuni, partendo dal principio, che le leggi determinanti i rapporti delle persone colle cose sono leggi reali, ammisero che i diritti di qualunque famiglia straniera sui proprii beni, i diritti del padre sui beni del figlio, i diritti del figlio su quelli del padre, i diritti del marito sui beni della moglie e simili dovessero essere regolati dalla *lex rei sitæ*, perchè gli statuti che vi si riferiscono sono reali: altri, considerando che alcune di tali disposizioni modificano lo stato della persona, dissero che gli statuti doveano considerarsi come personali. Altri, e principalmente il D'Argentré, non potendo classificare certi rapporti giuridici sotto le due categorie suesposte, si fecero forti soste-

[1] Voet, *Comment. ad Pand.*, tit. *de stat.;* Boullenois, *Principes génér.*, 18, 23, 27.

nitori degli statuti misti. Questa nuova classificazione fu accettata da G. Voet, da suo padre Paolo, da Vinnio e da altri; ma molti la combatterono, e ciò accrebbe le controversie tra i sostenitori della stessa dottrina.

Non esporremo le interminabili dispute. Noteremo solamente che le dotte opere scritte dai valenti giureconsulti, che seguirono la teoria degli statuti, sono un repertorio di dispareri nel classificare le leggi che regolano i varii rapporti giuridici sotto l'una o l'altra categoria, e che dopo lunghe contese ciascuno credeva di aver ragione.

33. Noi non possiamo accettare la teoria degli statuti. Il fondamento scientifico di tale sistema non è punto razionale. Qual'è infatti la ragione per la quale si ammette per una determinata categoria di leggi un'estensione estraterritoriale? La *comitas gentium*, ossia la cortesia, la benevolenza, la reciproca utilità. Invero non sappiamo comprendere come la cortesia possa entrare nel decidere quistioni di diritto. O l'individuo à diritto che la sua capacità giuridica, così com'è determinata dalla sua legge nazionale, sia riconosciuta anche fuori dei limiti del territorio, ed in tal caso la legge avrà un'estensione oltre i limiti del territorio per un principio di diritto non per cortesia; o l'individuo non à alcun diritto e tutto dipende dalla cortesia, e ciascuno Stato può determinare il limite fra cui questa cortesia può valere, ed allora cadiamo nell'arbitrario e nell'indeterminato.

Che se, lasciando da parte il fondamento scientifico, vogliamo esaminare i criterii stabiliti dagli scrittori, non li possiamo accettare perchè insufficienti. Infatti gli statuti personali, che accompagnano l'individuo dovunque, non potrebbero applicarsi quando fossero in contradizione coi principii di ordine pubblico stabiliti dalla legge del luogo in cui l'individuo dimora. Necessaria dunque è

una prima distinzione. Notiamo inoltre che le leggi del luogo si applicheranno certamente alle cose ivi situate, per questo che le cose interessano il regime universale della proprietà o l'ordinamento economico dello Stato; ma per i rapporti personali tra la cosa ed il suo proprietario si dovrà pure applicare la legge locale? I due criterii non sono dunque sufficienti. Noi però ci accordiamo col Savigny, il quale dice che « non bisogna ri-» gettare la dottrina degli statuti come assolutamente » falsa; essa è suscettibile d'interpretazioni e di appli-» cazioni le più svariate, fra le quali se ne possono in-» contrare alcune assolutamente giuste. Ma come essa è » incompleta e si presta a un gran numero di equivoci, » noi non possiamo prenderla a base della nostra ri-» cerca. »[1]

34. Secondo un altro sistema il diritto fra le parti è sempre l'effetto di una convenzione, e quindi tutti i rapporti giuridici debbono considerarsi come una volontaria creazione umana. Questo sistema, che à saputo inventare il famoso contratto sociale per spiegare l'esistenza della società, e che à considerato come fondamento di tutti i rapporti pubblici fra le nazioni il contratto tacito e i trattati, ammette altresì quale fonte naturale del diritto privato internazionale il consenso presunto delle parti. Secondo i seguaci di tale dottrina nei casi in cui si dubita quale legge debba regolare un rapporto giuridico, devesi applicare quella che gl'interessati ànno presuntivamente accettata. Questa teoria non finisce, ma sposta solamente la quistione; essa è per lo meno superflua e fittizia, e legittima tutte le conclusioni senza dirimere alcuna controversia. Quali sono infatti le norme per decidere nel fatto pratico,

[1] Savigny, *Traité du droit rom.* (traduzione dal tedesco, 2ª edizione) vol. VIII, § 361.

quale sia la legge che si presume accettata dalle parti? Per risolvere questo problema è necessario determinare quale sia la legge cui è sottoposto ciascun rapporto giuridico.

La legge regola gli atti della vita civile, li annulla, li assoggetta a rescissione o li garantisce secondochè sono o non sono rivestiti di certe condizioni e di certe formalità. Nessuno vorrà sostenere che il rapporto giuridico tra la legge ed il soggetto del diritto, sia un rapporto volontario. Stabilite le norme con cui ciascun soggetto è sottoposto alla propria legge, questa non obbliga perchè si presume accettata, ma si presume accettata perchè obbliga. Per determinare dunque quale sia la legge presuntivamente accettata dalle parti sarebbe necessario conoscere quale sia la legge che deve regolare ciascun rapporto giuridico, ed ecco perchè noi dicevamo che la quistione è solamente spostata, non risoluta.

In un certo senso è vero che la sottomissione alla legge è volontaria; nel senso cioè che l'individuo à in suo potere i fatti da cui dipendono le relazioni colla legge. L'individuo potrebbe sottrarsi all'impero della sua legge nazionale naturalizzandosi all'estero e rinunziando alla propria nazionalità, ma finchè appartiene a quella nazione la sottomissione alle leggi che regolano necessariamente certi rapporti, non dipende dal suo tacito consenso.[1] Anche l'individuo che vuole comprare uno stabile in territorio straniero e che si sottopone al dominio di quella legge locale, potrebbe non comprare; ma se l'individuo à in suo potere i fatti, non à altresì in suo potere la sottomissione alla legge, la quale obbliga in modo permanente ed assoluto. Noi dunque non

[1] Mühlenbruch, *Doctr. Pand.*, § 73. L. 1, pr. D., *De usuris* (XXII, 1.)

possiamo risolvere i conflitti di legislazioni preferendo la legge presuntivamente accettata dalle parti, perchè questo criterio è insufficiente a togliere le controversie.

35. Meno razionale ancora è il sistema della reciprocità propugnato da alcuni giureconsulti e adottato da qualche legislazione come, per esempio, dalla francese. Esso consiste nell'ammettere il favore di un'estensione estraterritoriale per certe leggi, quando lo Stato straniero conceda lo stesso beneficio alle leggi nostre sul suo territorio. Questo sistema era accettato dalle legislazioni vigenti in Italia e difeso dal Rocco, uno dei più valenti giureconsulti italiani contemporanei che abbia scritto sulla materia che trattiamo.[1] Noi senza detrarre nulla al merito reale del dotto napolitano, dobbiamo rigettare il sistema da lui sostenuto come poco conforme ai principii della ragione e del diritto. Il sistema della reciprocità tende a legittimare la rappresaglia giuridica, ammettendo che non solo l'esercizio dei diritti civili, ma quello altresì dei diritti naturali possa essere negato agli stranieri quando lo Stato cui essi appartengono neghi l'esercizio degli stessi diritti ai nazionali. Non possiamo negare che nei tempi in cui il Rocco scrisse il suo libro, il sistema della reciprocità era quasi una necessità sociale. Quando la rappresaglia e la retorsione erano considerate come principii legittimi di diritto pubblico, la reciprocità avea la sua ragione di essere nel diritto privato. Ma se questo scusa il Rocco, il quale mostra d'altra parte arditezza di concetti e liberalità di vedute, non legittima i suoi principii. Basta infatti leggere qualcuna delle conchiusioni del Rocco stesso per convincersi della falsità del

[1] L'opera di Nicola Rocco, *Diritto civile internazionale* fu lodevolmente giudicata in Francia ed in Germania. Nella seduta del 14 e 21 maggio 1842 il Portalis lesse nell'Accademia di Parigi un rapporto su detta opera, che è degno di molta considerazione e che onora il giureconsulto di Napoli.

sistema. « Quantunque (scrive egli) benigne debbano
» essere le leggi nostre verso l'estere genti, non debbe
» credersi che qualora lo Stato cui queste appartengono
» niegasse a noi l'esercizio di alcuna facoltà che la na-
» tura stessa ci concede, non fosse lecito praticare nel
» regno la stessa cosa per rappresaglia. Come pensare
» che si potesse dagli stranieri succedere nel regno no-
» stro e disporre dei beni, se la stessa facoltà a noi non
» si concede nel paese loro? »[1] Questo principio legit-
tima qualunque ingiustizia e qualunque arbitrio, sosti-
tuendo alla ragione del diritto quella dell'utilità.

Noi al contrario pensiamo che non solo non si possa negare agli stranieri l'esercizio dei diritti naturali, ma aggiungiamo che non dipende dall'arbitrio del legislatore il concedere o il negare loro l'esercizio di quei diritti che si dicono comunemente diritti civili. Infatti è indubitato primieramente che l'individuo può esercitare dovunque i suoi diritti naturali, e può dovunque domandarne il rispetto in nome della legge di natura, che è superiore a tutte le leggi e che comanda il rispetto della libertà dell'uomo. Quelli poi che comunemente si dicono diritti civili, non si possono considerare tutti come una concessione della legge civile. È vero che il legislatore regola tutti gli atti giuridici dell'uomo, ma non perciò questi si possono considerare tutti come l'effetto di una concessione della legge. Molti di essi ànno la loro ragione di essere in virtù di diritti anteriori. La legge costata tali diritti, li riconosce, li determina, ne regola l'esercizio, li garantisce, ma nel passare dalla legge non scritta alla legge scritta, che ne determina la forma e l'applicazione, non perdono il loro carattere e la loro natura primitiva. Noi dunque non

[1] Rocco, op. cit. (Livorno, 1860) Parte 1ª, cap. 6, p. 82.

possiamo ammettere che a ciascun sovrano appartenga un potere discrezionale assoluto ed illimitato sugli stranieri, e che dipenda dal suo arbitrio il negare loro o il concedere l'esercizio dei diritti civili: invece sosteniamo che nessun sovrano può arbitrariamente togliere agli stranieri l'esercizio dei diritti civili. Vi può essere questione nel determinare la legge che deve regolarli, ma non si può metterne in dubbio l'esercizio.

Per queste ragioni noi rigettiamo come irrazionale il sistema della reciprocità, e lo consideriamo come un' offesa ai diritti dell' uomo.

36. Alcuni teorici moderni dando molta importanza alla pratica costante ed al diritto consuetudinario, si sono studiati di costatare certi principii accettati comunemente dai tribunali, senza indagare le ragioni delle sentenze. I criterii che essi propongono dunque sono le *sententiæ receptæ*. Noi non intendiamo discutere la grave questione se possa stabilirsi un diritto consuetudinario universale; notiamo solamente che la scienza deve studiare le sentenze, ma solo per indagare le ragioni e mettere in luce i generali principii coi quali si è andata formando la pratica costante. Noi, che non siamo seguaci esclusivi nè della scuola storica nè della filosofica, ammettiamo che la scienza debba tenere molto conto delle *sententiæ receptæ* per non vagare nell' indeterminato e nell' astratto, ma d' altra parte non possiamo ammettere che i principii per risolvere i conflitti di legislazioni possano ricavarsi dalla pratica costante. Senza alcuni criterii razionali è impossibile interpretare la pratica e sceverare il vero dal falso.

Se negli altri rami del diritto riesce difficile determinare il gius consuetudinario costante, molto più difficile riesce nel ramo speciale del diritto di cui ci occupiamo. La diversità dei sistemi e dei criterii seguiti

dai giureconsulti e dai legislatori à dato origine ad una giurisprudenza varia e disparata. Alcuni ànno accettato il principio *lex non valet extra territorium;* altri lo ànno modificato colla *comitas gentium;* altri ànno introdotta la distinzione degli statuti, altri il sistema della reciprocità, e come ciascun tribunale à giudicato applicando la propria legislazione, le sentenze perciò sono spesso contradittorie, tanto che è impossibile rimandare per tutti i casi alle *sententiæ receptæ.* Noi dunque conchiudiamo rigettando questo sistema come insufficiente e mancante di fondamento scientifico.

37. Il Foelix, uno degli scrittori moderni, la di cui autorità è spesso invocata innanzi ai tribunali, avendo ammesso come principio fondamentale che le leggi non possono avere un valore estraterritoriale, e che perciò nessuno Stato può colle sue leggi regolare gli oggetti che si trovano fuori del territorio, e le persone che non sono residenti, deduce, come conseguenza importante, che tutti gli effetti che le leggi straniere possono produrre nel territorio di una nazione, dipendono esclusivamente dal suo consenso espresso o tacito[1] manifestato o mediante le leggi e i trattati, o colle decisioni delle autorità giudiziarie ed amministrative. Non si può, dice egli, esigere dai legislatori, dalle autorità pubbliche, dai tribunali, l'applicazione delle leggi straniere: essi non ànno alcuna necessità di applicarle, e se gli Stati accordano alcuni effetti più o meno estesi alle leggi straniere, sono mossi unicamente da considerazioni di utilità e di convenienza reciproca *ex comitate, ob reciprocam utilitatem.* Ciascuno Stato trova i suoi vantaggi nell'operare in tal modo; i sudditi di ciascuno ànno svariati interessi all'estero, ed è necessario per l'utilità

[1] Foelix, chap. 3, n° 9-11, v. 1.

generale e per ottenere la reciproca protezione degli interessi dei proprii sudditi di accordare certi effetti alle leggi straniere.

Noi cominceremo dall' osservare, contro l'opinione del Foelix, sembrarci che l'autore abbia confusa la questione dei diritti di cui possono godere gli stranieri con quella dei principii per risolvere i conflitti di legislazione. Quantunque scientificamente sia dimostrabile che non si possa fare alcuna differenza tra cittadini e forestieri circa il godimento dei diritti civili, pure nel fatto la condizione legale degli stranieri non è uniforme innanzi alle diverse legislazioni, e per determinare se allo straniero spetti l'esercizio di un tale o tale altro diritto, è necessario consultare i trattati e la legislazione di ciascun paese. Siffatta quistione è ben distinta da quella dei conflitti di legislazioni e dei principii per risolverli. Infatti dopo avere determinato se allo straniero spetti l'esercizio di un tale o tale altro diritto, è necessario stabilire quale sia la legge che deve regolare ciascun rapporto giuridico.[1] Bene esaminato, il sistema del Foelix tenderebbe a provare che non vi sono principii certi per risolvere i conflitti di legislazioni, e che tutto dipende dall' arbitrio dello Stato, o dal suo consenso tacito o espresso. Noi rifiutiamo questa dottrina perchè non possiamo ammettere che il dispotismo legislativo sia scientificamente dimostrabile. Se ci si voglia dire che nel fatto ciascuno Stato può concedere o negare l'applicazione della legge straniera abusando della forza, noi conveniamo col Foelix; ma che perciò? deve forse la scienza elevare il fatto a principio giuridico, e legittimare gli abusi, ritenendo, che non vi sono principii per risolvere i conflitti di legislazioni, e che tutto dipenda

[1] Demangeat, note (a), p. 12.

dal consenso della nazione o dai trattati? Noi, applicando le regole stabilite nell'antecedente capitolo, e guidati dai principii di filosofia del diritto, combinati con quelli del diritto pubblico, ci proponiamo di stabilire norme certe per risolvere le collisioni dei diritti territoriali di Stati indipendenti, determinando secondo la natura propria ed essenziale di ciascun rapporto giuridico la legge che deve regolarlo.

È vero che finchè non sarà stabilita una comunità di diritto fra gli Stati non basterà dimostrare i veri principii; e che sotto questo rispetto si potrebbe dire che tutto dipenda dalle legislazioni positive e dai trattati: ma dacchè non vi sono tribunali per costringere gli Stati all'osservanza dei principii del diritto, non si può considerare il loro accordo che quale effetto di una pura benevolenza e l'atto rivocabile di una volontà arbitraria. I principii fondamentali che regolano la collisione dei diritti territoriali degli Stati indipendenti si devono considerare piuttosto, dice il Savigny, come lo sviluppo naturale del diritto il quale si svolge e progredisce nella stessa guisa che nel risolvere i conflitti tra i diritti particolari all'interno dello Stato.[1] Noi rigettiamo dunque assolutamente l'opinione del Foelix il quale dice: *Le législateur, les autorités publiques, les tribunaux, en admettant l'application des lois étrangères, se dirigent non pas d'après une obligation dont l'exécution peut être exigée, mais uniquement d'après des considérations d'utilité et de convenance réciproque entre les nations.*[2]

38. Uno degli scrittori moderni, il quale à sentito il bisogno di stabilire generali criterii per risolvere i conflitti di legislazioni, derivandoli più dalla natura delle cose che da circostanze esteriori, è stato lo Schaeffner. Egli

[1] Savigny, *Traité du dr. rom.*, vol. VIII, p. 51.
[2] Foelix, op. cit., *titre préliminaire*, chap. 5, n° 11.

dopo un'accurata disamina dei sistemi seguiti dagli altri, dimostra con saggia critica che nessuna delle teorie è accettabile, e propone il seguente principio che secondo lui è il più consentaneo di tutti: *Ogni relazione giuridica dev' essere giudicata secondo le leggi di quel luogo nel quale essa è divenuta esistente.*[1] Applicando questo principio generalissimo alle relazioni giuridiche particolari, egli stabilisce che lo stato e la capacità giuridica di una persona dev' essere giudicata secondo la legge del luogo, in cui questa à la sua dimora stabile. Circa poi i diritti sulle cose egli distingue tra i diritti appartenenti al proprietario sull'avere come un tutto, e questi sono regolati dalla legge del luogo in cui il proprietario à la dimora stabile; i diritti poi sulle cose, considerate come parti distinte mobili o immobili, sono regolati dalla legge del luogo in cui sono situati.

Noi abbiamo trovato nel trattato dello scrittore tedesco quella profondità di vedute ed elevatezza di concetti che distingue i giureconsulti della Germania. Il principio che egli propone a noi sembra vago ed indeterminato, e quantunque egli stesso si sia sforzato di chiarirlo formulando parziali criterii, pure non è riuscito allo scopo, e nell' applicare il suo principio alla validità intrinseca degli atti sente la necessità di fare tante distinzioni che rendono difficile e oscura la sua dottrina. Noi perciò mentre approviamo lo scopo che lo scrittore si è proposto, opiniamo che non sia stato conseguito. Per quello che si riferisce poi alla capacità giuridica, non possiamo accettare la sua opinione. Secondo dimostreremo a suo luogo, la dimora non basta per se stessa a stabilire tali rapporti tra l' individuo e

[1] Schaeffner, *Diritto privato internaz.* (tradotto da Tenore), § 52.

la legge da sottrarlo completamente dalla soggezione alla sua legge nazionale. Anzi l'individuo rimane dovunque soggetto alla legge della sua patria finchè non abbia rinunciato alla sua nazionalità. Anche pel principio che egli stabilisce circa i diritti sulle cose dovremmo fare le nostre riserve, ma per non premettere cose che diremo in seguito, conchiudiamo che mentre riconosciamo che lo Schaeffner à dato un fondamento rigorosamente scientifico al suo sistema, non possiamo accettare del tutto la sua dottrina.

39. Quegli che meglio degli altri à presentato sotto il vero punto di vista le quistioni dei conflitti di leggi di diversi Stati fu il Savigny che ne tratta di proposito nella sua dotta opera *Trattato del diritto romano*. Quello che interessa di osservare si è che lungi dal sostenere l'antica massima *leges non valent extra territorium*, accettata tra gli scrittori moderni dal Rocco, dallo Story, dal Foelix e da altri, egli dimostra la necessità di ammettere una comunità di diritto fra le nazioni per giudicare dei casi di collisione secondo la natura intima di ciascun rapporto giuridico, e senza tener conto dei limiti dei diversi Stati. Il punto di vista dominante delle legislazioni e della pratica moderna, egli conchiude, non è affatto la conservazione gelosa della loro autorità esclusiva: esiste invece una tendenza ad una vera comunità di diritto, cioè a dire a giudicare i casi di collisione secondo la natura intima e la necessità di ciascun rapporto di diritto senza riguardo ai limiti dei differenti Stati e delle loro leggi.[1] Altrove lo stesso scrittore osserva: « In virtù del diritto rigoroso di » sovranità si potrebbe imporre ai giudici di un paese » di applicare esclusivamente la loro legge nazionale

[1] *Traité du droit romain*, p. 128.

» senza tener conto delle disposizioni contrarie di una
» legge straniera. Tale disposizione però non dovrebbe
» essere ammessa da alcuna legislazione positiva; im-
» perocchè a misura che si allargano le relazioni fra i
» diversi popoli, è necessario convincersi di rinunciare
» a tale principio esclusivo, ed ammettere il principio
» contrario, quello cioè di una comunità di diritto tra
» i differenti popoli. »[1]

Il Savigny non solo chiarisce la natura del problema ma cerca di determinarne con precisione l'oggetto e la materia. Per giudicare, egli dice, delle collisioni facili a sorgere nel caso che lo stesso rapporto giuridico possa essere regolato da leggi positive diverse e contrarie, non basta occuparsi esclusivamente delle collisioni come dell'unico problema a risolvere, ma è necessario studiare la delimitazione delle diverse legislazioni positive, e ricercare quali sono i rapporti di diritto sottoposti a ciascuna legge, ovvero a quale legge è sottoposto ciascun rapporto giuridico. Determinati i limiti dell'impero di ciascuna legge si eliminano le possibili collisioni. Il Savigny è, secondo noi, il solo che à compreso il problema in tutta la sua profondità e che lo à studiato in tutta la sua estensione. Egli infatti divide le proprie ricerche in due parti, investigando prima i limiti di ciascuna legge nello spazio, e poscia i limiti di ciascuna legge nel tempo; le quali due parti comprendono i principii per risolvere le collisioni di leggi diverse di Stati diversi, e quelli per risolvere le collisioni nello stesso Stato, quando la legge primitiva abbia subito delle modificazioni.

L'indirizzo dato dal Savigny noi l'accettiamo perfettamente, anzi dichiariamo di esserci ispirati alle pro-

[1] Op. cit., p. 29.

fonde pagine del giureconsulto tedesco per intraprendere le nostre ricerche. Anche noi vagheggiamo l' idea di una comunità di diritto fra gli Stati, anche noi ammettiamo che per decidere nei casi di collisione quale sia la legge che debba preferirsi, è necessaria l'esatta delimitazione dell' impero di ciascuna legge, ma per raggiungere lo scopo noi non possiamo uniformarci sempre al Savigny, anzi ci siamo sentiti obbligati a dare uno svolgimento diverso alla nostra teoria, e qualche volta a rigettare le opinioni del grande giureconsulto, senza nulla detrarre al merito reale che a lui spetta, anche per i suoi studii su questo ramo speciale del diritto.

LIBRO I.

DELLE PERSONE.

—

CAPITOLO I.

Della legge che deve regolare lo stato e la capacità giuridica dello straniero.

10. Necessità di far regolare lo stato giuridico della persona da una legge unica. — 11. Come deve interpretarsi l'opinione di quelli che sostengono la preferenza della legge di domicilio della persona. — 12. Distinzione delle due scuole. — 13. Esame critico delle loro opinioni. — 14. Vero stato della quistione. — 15. Opinione nostra. — 16. Si conferma la nostra dottrina coll'autorità del diritto romano. — 17. Inconvenienti che derivano dalla dottrina contraria. — 18. Si confuta la distinzione fatta dagli scrittori fra stato e capacità d'agire. — 19. Si rigetta l'opinione che sostiene la preferenza della *lex fori*. — 20. Unica eccezione vera al principio da noi stabilito. — 21. Disposizioni di diritto positivo circa la legge che deve regolare la capacità degli stranieri.

10. Denotiamo colle parole *stato della persona* le qualificazioni giuridiche dell'individuo in se stesso considerato. Gli effetti che sieguono da tali qualificazioni costituiscono la capacità di agire in senso giuridico.

Il complesso delle qualificazioni che appartengono all'individuo come cittadino, e che sono il fondamento dei suoi diritti politici, formano il suo stato pubblico. Questo dipende dalla legge della patria di ciascuno e non può valere che nella patria stessa, perchè i diritti politici

si considerano come prerogative esclusive di quelli che partecipano alla vita politica dell' università.

Il complesso delle qualificazioni giuridiche che la legge attribuisce all' individuo come persona costituisce lo stato privato. Tale è, per esempio, la qualità di maggiore o minore, di sottoposto alla patria potestà o alla potestà tutoria, o emancipato, di prodigo, interdetto o sottoposto a un consulente giudiziario, di celibe o maritato, di padre o figlio legittimo o naturale o adottivo, di vivo o di morto civilmente.

Tutti riconoscono che è necessario far regolare lo stato giuridico della persona da una legge unica, per evitare l' inconveniente dello stato mutabile. Gli stessi propugnatori della rigorosa massima *leges non valent extra territorium statuentis*, fecero un' eccezione per le leggi personali, ammettendo come regola generale che queste devono applicarsi anche in territorio straniero per reciproca utilità e per la *comitas gentium*. Tutta la difficoltà però sta nel determinare quale sia la legge cui la persona è sottoposta in modo permanente, ed in questo non si accordano gli scrittori.

* 41. La maggioranza ammette che lo stato della persona debba essere regolato dalla legge del domicilio. Boullenois, Rodemburgo, Erzio, Froland, Bouhier, Voet, Pothier ed altri sostengono tale dottrina la quale è accettata dallo Story, dal Savigny, dal Rocco, dal Westlake. Nè mancano fra noi valenti giureconsulti che la considerano come una *communis opinio*, e criticano il codice italiano che, senza tener conto della tradizione scientifica, à stabilito come regola che lo stato di ciascuno debba essere regolato dalla legge della sua nazione.

Noi al contrario opiniamo che corrono troppo quelli che considerano il principio stabilito dal Codice italiano (*art. 6.*) « Lo stato e la capacità delle persone sono re-

» golati dalla legge della nazione cui esse appartengono » come un' assoluta novazione contro la *comunis opinio* degli scrittori medioevali e moderni. Studiando infatti gli scrittori antichi noi troviamo che non tutti adoperano la formula *legge di domicilio* nello stesso senso. Alcuni di essi intendono dinotare la legge del domicilio di origine, la quale nella sostanza equivarrebbe alla legge della patria di ciascuno, che con espressione più moderna si dice legge nazionale.

Il Froland, che è da tutti citato come il più forte sostenitore della legge del domicilio, quando tratta la quistione, se, mutato domicilio, lo stato della persona debba essere regolato dalla nuova legge, si esprime così: « Se si parla dello stato della persona *abstracte ab omni* » *materia reali*, in tal caso la legge che cominciò a » fissare la sua condizione, che è la legge del *domicilio* » *di origine*, conserverà la sua forza e la sua autorità » dovunque la persona vada a dimorare. Così, se se- » condo la legge del domicilio di origine, una persona » diventi maggiore a 21 anni, e questa vada a domici- » liarsi in un altro paese in cui la maggiorennità co- » minci dopo i 25 anni, egli sarà dovunque maggiore » ai 21 anni, e nel nuovo domicilio potrà alienare, » vendere, ipotecare, contrattare a suo piacere. » [1]

Lo Story, che è tra i più accurati scrittori della materia, dopo avere citato molti giuristi, i quali sostengono che lo stato personale deve essere dovunque regolato dalla legge del domicilio, conchiude: « Dall'opinione » dei giuristi succitati si deduce che la persona la quale » à raggiunto la maggiorennità, secondo la legge del » *domicilio nativo* (*by the law of his native domicil*) » è considerata dovunque dello stesso stato e condi-

[1] Froland, *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, chap. 7, § 15, p. 171.

» zione. Così ancora, se secondo la legge del *domicilio* » *di origine* (*by the law of his original domicil*) uno » non può fare testamento che a 25 anni, non potrà va» lidamente disporre dovunque della sua proprietà che » a quell' età. »[1]

Il Foelix poi dice chiaramente che la legge cui ciascun individuo è soggetto come persona, è quella della nazione di cui è membro. Ammettendo come regola generale che il figlio acquista per diritto di nascita la stessa nazionalità di suo padre, vuole che la legge della nazione del padre sia la legge personale del figlio dal primo momento della sua esistenza fisica. In questo senso adopera il Foelix l'espressione *legge di domicilio*, anzi dichiara in modo esplicito che secondo lui le espressioni *luogo del domicilio* dell' individuo e *territorio della sua nazione o patria* possono essere usate indifferentemente. Noi non ammettiamo la sua dichiarazione; perchè sembrerebbe che, secondo il Foelix, un uomo non possa avere il domicilio fuorchè nel territorio della nazione di cui è membro, ma abbiamo voluto far notare qual senso abbiano le sue parole.[2]

42. La quistione che stabilisce la vera differenza tra le due scuole è quella importantissima se, sopravvenuta la *mutatio domicilii*, debba applicarsi la legge del nuovo domicilio o quella del domicilio primitivo. Nella soluzione di tale quistione alcuni sostengono senza equivoco che lo stato e la condizione giuridica delle persone debbano essere regolate dalla legge del suo domicilio attuale. Così la pensa Erzio il quale dice: *hinc status et qualitas personæ regitur a legibus loci cui ipsa sese per domicilium subjecit. Atque inde etiam fit, ut quis major hic, alibi, mutato scilicet domicilio, inci-*

[1] Story, *Conflict of Law*, § 52.
[2] Foelix, *Droit inter. privé*, vol. I, lib. 1, tit. 1, n° 27-28.

piat fieri minor.[1] Questa opinione è divisa da Paolo e Giovanni Voet, da Burgundio e da Rodenburgo il quale si esprime così: *Personæ enim status et conditio cum tota regatur a legibus loci cui illa sese per domicilium subdiderit, utique mutato domicilio mutari et necesse est personæ conditionem.*[2] Anche il Pothier è molto esplicito. *Le changement de domicile délivre les personnes de l'empire des lois du lieu du domicile qu'elles quittent, et les assujétit à celles du lieu du nouveau domicile qu'elles acquièrent.*[3] Finalmente, per tacere di altri, il Demangeat che è tra i più recenti scrittori, pone nettamente la quistione. Se un individuo (dice egli) à il suo domicilio in Francia, ma non à il carattere francese, si può sollevare la quistione se la legge personale di tale individuo debba essere quella della nazione alla quale egli non à cessato di appartenere, o quella del luogo in cui egli è attualmente domiciliato. A tale quesito egli risponde colle seguenti parole: *Nous croyons que le domicile doit l'emporter sur la nationalité.*[4] Altri invece ammettono che la legge del domicilio d'origine segue la persona dovunque vada a dimorare, e tra questi citiamo Huber, Burge,[5] Story e Merlin.

Ubero formula la sua dottrina nel seguente modo: *Qualitates personales certo loco alicui jure impressas, ubique circumferri et personam comitari cum hoc effectu, ut ubique locorum eo jure, quo tales personæ alibi*

[1] Hertii *Opera de collisione legum*, § 4, n° 5, p. 122.

[2] P. Voet, *De stat.*, § 4, c. 2. n° 6. Rodenburg. *De diversitate stat.*, tit. 2, p. 2. c. 1, n 3.

[3] Pothier, *Cour d'Orléans*, ch. 1, art. 1, n° 13.

[4] Demangeat, note (*a*) al n° 29 del Fuelix, op. cit. e *Histoire de la cond. civ. des étrangers en France*, p. 414.

[5] Burge, *Comment. on colonial and foreign Law*. p. 1, ch. 4, Story, *Conflict of Law*, ch. 3-4. Merlin, *Répertoire*, *Autorisation maritale*, § 10, art. 4. *Majorité*, § 4. *Effet rétroactif*, § 3, n° 2, art. 3.

gaudent vel subiectæ sunt, fruantur et subjiciantur. Quindi, egli soggiunge, quelli che presso di noi sono sottoposti alla tutela o alla cura come i minori, i prodighi, la donna maritata, saranno obbligati ad essere dovunque sotto alla potestà tutoria o maritale, e possederanno e godranno quei diritti che la nostra legge attribuisce alle persone sotto tutela. *Qui prodigus hic est declaratus, alibi contrahens, valide non obligatur, neque convenitur.* Al contrario quelli che secondo la legge di un paese sono maggiori a 21 anni devono esercitare tutti i diritti annessi alla maggiorennità anche nei paesi nei quali questa è fissata a 25 anni, perchè tutti gli altri governi devono dare effetto alle leggi e prescrizioni degli altri paesi semprechè esse non pregiudichino i proprii sudditi o le proprie leggi.[1]

La teoria di Ubero, che nella sostanza non diversifica dalla nostra, è la conseguenza dei generali principii che egli stabilisce come assiomi e che chiariscono meglio la sua opinione: *Rectores imperiorum,* egli dice, ass. 3, *id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium præjudicetur.*[2]

Il Boullenois non è molto esplicito nel risolvere la quistione, e fa una distinzione tra le qualificazioni personali che dipendono dalla legge per ragioni generali riconosciute da tutte le nazioni, e queste impresse una volta accompagnano la persona anche quando muta domicilio; tali sono per lui l'interdizione, la proibizione a fare certi atti per infermità di mente, la legittimità e simili: le altre che dipendono da disposizioni particolari della legge del domicilio, come la patria potestà e la

[1] Huber, *De conflictu legum*, lib. 1, tit. 3, § 12.
[2] Id., ibid., lib. 1, tit. 1, § 2.

proibizione fatta alla donna maritata (*Senatusconsultum Vellejanum*) dipendono dalla legge del domicilio attuale.[1]

Merlin, al contrario, dopo aver citato l'opinione dei varii scrittori conchiude che la legge del paese nativo e non quella del nuovo domicilio deve regolare in tutti i casi la minorennità, la patria potestà, la potestà maritale e simili, e si meraviglia che Boullenois abbia voluto distinguere tra gli uni e gli altri casi.[2]

È notabile fra gli altri Henry, giureconsulto inglese del XVII secolo, il quale volendo porre la ragione per la quale debbe prevalere in ogni caso la legge del domicilio di origine, dice che ciascuno Stato o nazione deve presumersi il più capace a giudicare dalle circostanze fisiche del clima e di altra natura, quando le facoltà del cittadino sieno fisicamente e moralmente sviluppate in modo da poter provvedere ai proprii interessi.[3] Questa stessa ragione è addotta da altri civilisti, secondo osserva l'americano Story.[4]

Noi non vogliamo allungarci in citazioni. Il già detto ci sembra sufficiente a provare che i compilatori del nostro codice non si possono considerare come novatori, e che il principio formulato da loro à moltissime attinenze colla dottrina accettata da una rispettabile scuola di giureconsulti antichi. Abbiamo tanto più ragione di affermarlo, riflettendo allo spirito della dottrina più che alla forma esteriore.

Della legge del domicilio ai tempi nostri non si può discorrere come ai tempi antichi. Quando la Francia avea ella sola più di trecento consuetudini, le quali dif-

[1] Boullenois, *Personnalité et réalité des lois*, observ. 32.
[2] Merlin, *Répert. majorité*, § 4; *Autorisation maritale*, § 10, art. 4; *Effet rétroactif*, § 3, nº 2.
[3] Henry, *On foreign Law*, p. 5-6.
[4] Story, op. cit., ch. 4.

ferivano fra loro sugli oggetti più gravi come, per esempio, sull' epoca della maggiorennità, sulle regole matrimoniali, sulla facoltà di disporre a titolo gratuito, sulla trasmissione dei beni *ab intestato*, allorchè la soluzione di sì importanti questioni poteva essere diversa, secondochè la persona era domiciliata là dove vigeva tale o tal' altra consuetudine, era ben naturale che si desse molta importanza agli statuti del domicilio di origine. Nè poteva parlarsi di legge nazionale, mentre mancava l' unità di legislazione. Quelli che vorrebbero applicare materialmente i criterii degli scrittori anteriori alla codificazione per risolvere i conflitti ai giorni nostri senza entrare nello spirito della loro dottrina, non ànno considerato che la società e la legislazione sono progredite. Oggi non siamo nè al tempo dei Romani quando lo Stato si componeva di *civitates* e di *respublicæ*, nè siamo nel medio-evo quando i municipii avevano costituzioni proprie. Oggi all' interesse municipale è succeduto l' interesse nazionale, al Comune lo Stato, agli statuti locali sottentrarono le legislazioni ed i codici; è dunque naturale che alla legge del domicilio di origine debba oggi equivalere la legge nazionale, e che la legge del domicilio di fatto possa essere decisiva solo quando lo Stato è diviso in varie sezioni rette da leggi diverse. Ma, tralasciando l' autorità degli scrittori e quella dei codici scritti, cerchiamo di esaminare le due opinioni coi lumi della ragione critica.

43. Quelli che sostengono che lo stato personale debba essere regolato dalla legge del domicilio, ragionano nel seguente modo: « Ogni persona à per regola generale » una sede stabile che dicesi domicilio; in questo luogo » essa esercita la maggior parte delle sue manifestazioni, » acquista abitudini e carattere; in altri termini, in » questo luogo essa acquista le sue qualità distintive

» ed immanenti che sempre e dovunque l'accompa-
» gnano. Ciò posto le qualità fondamentali giuridiche
» della persona, lo stato, la capacità non possono essere
» regolate da altra legge fuorchè da quella del domi-
» cilio. »

A nostro avviso tale argomento è poco concludente. Se infatti la principale ragione per cui si vuole sostenere la preferenza della legge del domicilio si è perchè ciascuno acquista le abitudini, il carattere e le qualità distintive ed immanenti nel luogo in cui stabilì la sede principale dei suoi affari, a noi sembra per la stessa causa dovere argomentare in contrario. Le qualità distintive ed immanenti sono conseguenza della razza, degli usi, delle tradizioni, del luogo in cui si ebbe l'origine e di tutto il complesso di quegli elementi che costituiscono il carattere ed il genio civile di ciascun popolo e di ciascuna nazione. Noi non possiamo ammettere che tali qualità debbano essere notabilmente modificate dal soggiorno temporaneo in un luogo nel quale uno abbia stabilito il centro principale dei suoi affari. Ci sembra perciò più ragionevole il dire che le qualità fondamentali giuridiche della persona vanno regôlate dovunque dalla legge della sua patria.

44. Il solo punto di vista sotto il quale si può ragionevolmente discutere la quistione, è secondo noi il seguente. Il rapporto di sudditanza è un rapporto geografico e territoriale; nel senso cioè che tutti quelli che dimorano in un territorio diventano sudditi del sovrano territoriale? o è invece un rapporto libero e volontario nel senso cioè che nessuno possa essere considerato suddito di un sovrano senza che v'abbia o tacitamente o espressamente consentito?[1] Se si afferma la prima pro-

[1] Vedi capitolo III, Preliminari.

posizione, che farebbe in verità ritornare la teoria della sovranità al concetto feudale, ne seguirebbe che col semplice fatto del domicilio non solo si diventa sotto certo rispetto sudditi temporanei del sovrano territoriale, ma s' interrompono i rapporti esistenti col sovrano nazionale: che essere o non essere suddito significa vivere dentro o fuori del territorio; che perciò non solo i rapporti giuridici i quali cominciano a crearsi nel nuovo domicilio, ma anche le qualità fondamentali giuridiche della persona non possono essere regolate da altra legge fuorchè da quella del domicilio attuale. Se invece si afferma la seconda proposizione, ne segue che, finchè l'individuo non abbia con un fatto certo e determinato rotti i legami che lo uniscono alla sua patria, il semplice fatto del domicilio, in virtù del quale si sono stabiliti certi rapporti temporanei tra l' individuo e il sovrano territoriale, non può distruggere i rapporti più intimi e più duraturi che l' individuo stesso à colla sovranità nazionale.

45. È certo che ogni individuo nasce cittadino di una patria e si considera come membro della nazione di suo padre; perchè si presume che egli voglia continuare ad appartenere allo stesso corpo politico della sua famiglia. La legge della patria di ciascuno prende sotto la sua protezione l' individuo dal momento della nascita: essa determina quando esiste come persona giuridica, quando è figlio legittimo naturale o adulterino, e gli applica tutte le disposizioni che attivamente o passivamente lo interessano. A misura che l' individuo cresce e si sviluppa nelle sue facoltà, penetra nel secreto della vita politica della sua nazione, se ne appropria i costumi, valuta i pregi e difetti della costituzione e della legislazione del suo paese. Da questo momento i suoi doveri e i suoi diritti diventano

più certi e meglio definiti. Non più per presunzione ma per volontà esplicita l'individuo appartiene a tal corpo politico; liberamente si assoggetta a sopportarne tutti i gravami, e diventa solidale della difesa degl'interessi generali, mentre potrebbe rompere tutti i rapporti naturalizzandosi all'estero. Quando tale individuo fissa il suo domicilio in paese straniero, non è più l'uomo fisico, è l'uomo sociale: è il nazionale del tal paese, il suddito del tale sovrano. Egli offre come principale garanzia dei suoi atti la propria nazionalità e la protezione del suo sovrano; può dunque domandare che la sua condizione, la sua capacità, i suoi diritti così come sono determinati dalla legge della sua nazione, sieno rispettati, non in virtù dei trattati, ma in virtù di quei principii di diritto pubblico che regolano i rapporti degli Stati sovrani. D'altra parte il sovrano territoriale non può avere alcun interesse a distrarre lo straniero dalla soggezione alla sua legge naturale e ad applicargli le leggi fatte per i proprii sudditi. Il suo unico diritto è d'impedire che s'invochi una legge straniera in quello che offende i principii di ordine pubblico e d'ordinamento politico e costituzionale del suo Stato.

Noi dunque conchiudiamo che lo stato e la condizione giuridica delle persone devono essere regolati dalla legge della nazione cui esse appartengono, purchè non sia in contradizione coi principii di ordine pubblico dello Stato in cui l'individuo dimora. [1]

46. A provare che la nostra dottrina è preferibile a quella dei nostri contradittori, gioverà confermarla con l'autorità del Diritto romano, e far notare alcuni inconvenienti che derivano dal sistema contrario.

[1] Vedi Appendice, pag. 538.

Nel diritto romano non troviamo in verità molti principii per risolvere i conflitti di leggi di Stati diversi. Parecchie leggi che si citano, contengono piuttosto principii di diritto civile, e servono a risolvere i conflitti all'interno dello Stato e determinare le competenze. I rapporti tra i Romani e gli stranieri, e quelli degli stranieri fra loro erano apprezzati dal giudice secondo l'*jus gentium*, salvo i casi nei quali la legge espressamente dichiarava che un rapporto poteva esistere anche tra cittadini e forestieri, nel qual caso era retto dal diritto civile. Però in certe quistioni di stato e di successione, quando gl'individui erano dello stesso paese, si applicava la loro legge.

Secondo una regola di diritto, sanzionata da un senato-consulto dei tempi di Adriano, il fanciullo nato da un matrimonio contratto *secundum leges moresque peregrinorum* seguiva la condizione di suo padre, quando all'epoca della nascita la madre sola e non il padre avesse ottenuto il diritto di cittadinanza romana. *Peregrina si vulgo conceperit, deinde civis romana facta sit et pariat, civem romanum parit: si vero ex peregrino cui* SECUNDUM LEGES MORESQUE PEREGRINORUM CONJUNCTA EST, *videtur.... peregrinus nasci.*[1] In modo che lo *status* dei *legitime concepti* era regolato *secundum leges moresque peregrinorum* all'epoca del concepimento.

L'obbligazione del *fidepromissor* non passava agli eredi come quella del *fidejussor:* però si ammetteva un'eccezione quando il *fidepromissor* era un *peregrinus*, e la legge positiva della sua città era diversa dalla romana. *Sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quæramus* ET ALIO JURE CIVITAS EJUS UTATUR.[2]

[1] Gaii *Comm.*, I, § 92.
[2] Id., ibid., III, § 120.

Quelli che non erano nè *cives* nè *latini*, ma solamente *peregrini* e con certe restrizioni (*dedititiorum numero*) non potevano fare a Roma un testamento valido nè come cittadini romani, perchè non ne avevano il titolo, nè come peregrini, perchè non erano cittadini di alcuna città: *Is qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus* QUONIAM NULLIUS CERTÆ CIVITATIS CIVIS EST, UT ADVERSUS LEGES CIVITATIS SUÆ TESTETUR.[1] Dunque se essi appartenevano ad una città determinata, e la legge del loro paese riconosceva il diritto di testare, e avea regole speciali per l'esercizio di tal diritto, potevano fare a Roma un testamento valido secondo le leggi della loro patria.

Da' testi citati si può conchiudere che il diritto di cittadinanza in una città determinava per ciascun individuo il diritto locale cui era personalmente sottoposto e secondo cui doveva esser giudicato.

Noi non staremo a riprodurre le dotte considerazioni del Savigny[2] sulle importanti differenze giuridiche dell'*origo* e del *domicilium* secondo il diritto romano; ci contenteremo solamente di notare che l'impero romano fu una vasta agglomerazione di comuni urbani, la gran parte municipii e colonie, e di comuni secondarii, ciascuno dei quali aveva la sua costituzione più o meno indipendente, i suoi magistrati, la sua giurisdizione ed anche la sua legislazione speciale. Questo che fu dapprima l'organamento dell'Italia, divenne ai tempi dei grandi giureconsulti, cioè al secondo e terzo secolo dell'èra cristiana, l'organamento di tutto l'impero, in modo che gli abitanti di esso appartenevano o alla

[1] Ulp., *Fragm.*, tit 20, § 14.
[2] Savigny, *Traité du Droit Romain*, vol. VIII, § 350 a 359.

città di Roma o ad uno di questi comuni designati col nome di *civitates* o *respublicæ*. Ogni individuo era in rapporto immediato colla legge del proprio comune, e tale rapporto si stabiliva o colla cittadinanza o colla residenza nel territorio di quel comune. La cittadinanza si acquistava in varii modi. *Municipem aut nativitas facit aut manumissio aut adoptio.*[1] Però il modo più ordinario per acquistarla era la nascita, tanto che fu dinotato colla parola *origo* questo rapporto ed il diritto che esso conferiva. *Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio, incolas vero domicilium facit.*[2] I diritti che derivavano dalla nascita erano ben diversi da quelli che derivavano dall' incolato: e sono giuridicamente ben distinti *municipes* e *incolæ*, *jus originis* e *jus domicilii forum originis* e *forum domicilii*, *patria* e *domus*.

È notabile però che potendo un individuo appartenere ad una città per la nascita o pel domicilio quando si volea determinare il diritto locale che gli era applicabile, si preferiva il diritto della città cui egli apparteneva per nascita a quello della città in cui era domiciliato. « Io ritengo come incontestabile (dice il Savigny » dopo accurate e dotte ricerche) che quando un individuo avea il diritto di cittadinanza ed il domicilio » in diverse città, la legge locale da cui era regolato, » era determinata dalla cittadinanza e non dal domicilio. » Ecco le ragioni che militano in favore di tale opinione. » Primieramente paragonando la cittadinanza al domicilio che poteva dipendere da una volontà arbitraria » o capricciosa, il diritto di città era per se stesso un » legame più stretto e superiore. Secondo, era il più » antico perchè rimontava all' epoca della nascita, e il » domicilio non poteva essere che il risultato di un atto

[1] Dig., l. 1, *Ad municip.*, L 1.
[2] Cod., L. 7, *De incolis*, X, 59.

» posteriore di libera volontà. Non vi era dunque ra-
» gione per immutare il diritto territoriale una volta
» stabilito per la persona. Terzo, nel testo di Gaio si
» legge: *si alio jure civitas ejus utatur;* e in quello di
» Ulpiano: *quoniam nullius civitatis civis est;* dal che
» apparisce che il diritto territoriale cui la persona si
» considerava sottoposta era quello della città, non
» quello del domicilio. »[1]

Il solo caso in cui, secondo il Savigny, si applicava la legge del luogo del domicilio era quando l'individuo non avea il diritto di cittadinanza in alcuna città.

Da tutto ciò noi conchiudiamo che benchè le decisioni dei giureconsulti romani sieno incomplete, pure la teoria moderna che dà tanta importanza alla legge della patria di ciascuno, à molta analogia con quella del diritto romano. Tanto più perchè i romani non intendevano per luogo di nascita quello in cui il fanciullo materialmente nasceva: *Est autem originis locus in quo quis natus est, aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente.*[2]

47. Gl'inconvenienti che deriverebbero se si ammettesse l'opinione che combattiamo, li noteremo nel corso del trattato. Qui ci contenteremo solo di osservare che mentre tutti riconoscono la necessità di rendere stabile e certo lo stato della persona, nel sistema contrario lo stato può peggiorare o migliorare secondo la legge del luogo in cui uno va a domiciliarsi. Il Rocco giustifica tale inconveniente colla ragione che la costituzione del domicilio è un fatto volontario, e quindi l'individuo deve imputare a se stesso, se il suo stato rimane peggiorato. Ma tale ragione non è applicabile a

[1] Savigny, op. cit., § 357.
[2] Voet, *Ad Pand.*, V. 1, § 91.

tutti i casi. Il minore non emancipato e la donna maritata ànno un domicilio necessario, e se un padre volesse esercitare più lungamente i diritti di patria podestà potrebbe ciò ottenere trasferendo il suo domicilio durante la minorennità del figlio in un luogo ove si diventi maggiore a 25 anni. Un tutore potrebbe pregiudicare i diritti del minore, ed un marito acquistare maggiore arbitrio sui beni e sulla persona della moglie col cambiamento di domicilio, come d'altra parte un debitore potrebbe menomare le garanzie di un creditore con un trasferimento di domicilio.

Che cosa dovrebbe dirsi poi nel caso in cui manchi un domicilio giuridico? Se un individuo, dice il Savigny, dichiari di abbandonare il suo domicilio attuale e lo abbandoni di fatto e completamente, nell'intervallo che corre tra l'abbandono e la costituzione del nuovo si può dire con ragione che non ne abbia alcuno. Si può anche supporre una pluralità di domicilio: *Jurisprudentibus placuit duobus locis posse aliquem habere domicilium si utrobique ita se instruxerit ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur.*[1] Si ammetterà in tal caso una pluralità di capacità? Il Burgundio risponde affermativamente. Egli espone infatti il caso di una donna maritata a Gand ove era necessaria l'autorizzazione maritale, la quale avea stabilito un secondo domicilio in un luogo in cui una tale autorizzazione non era necessaria; e dice che i contratti da essa fatti, quantunque non autorizzata, nel secondo domicilio devono considerarsi validi: *Nec enim stipulantis interest quærere unicum aut plura promissor statuerit domicilia, satis est enim si a regionis juris scripti ubi mulier domicilium habebat conditionem ejus intelligat.*[2]

[1] L. 6, § 2, ff. *Ad municip.*, L. 1.
[2] Burgundius, *Ad consuetudinem Flandriæ*, tract. 2, n° 8, p. 53.

Tutto quello che abbiamo detto finora ci sembra sufficiente a giustificare il perchè noi accettiamo il principio stabilito dall' art. 6 del Codice civile italiano, che cioè « lo stato e la capacità delle persone debbano essere » regolati dalla legge nazionale »; principio che è conforme all'opinione da noi manifestata in una nostra opera prima della pubblicazione del Codice stesso.[1] Noi non solo rigettiamo l' opinione di quelli che sostengono la preferenza della legge del domicilio attuale della persona, ma altresì tutte le distinzioni che potrebbero rendere dubbiosa l' applicazione del principio.

48. Alcuni scrittori ànno voluto distinguere le qualificazioni giuridiche della persona in se stessa considerata, ossia lo stato astratto, dalla sua capacità, ossia dalla abilità o inabilità a fare certi atti.[2] Essi ànno ammesso che lo stato astratto dev' essere determinato secondo la legge personale, ma che la capacità della persona a fare certi atti dev' essere regolata dalla legge del paese in cui à luogo l' atto stesso. Ammettendo tale distinzione ne siegue che si dovrebbe applicare la legge nazionale per decidere se una donna sia o no maritata, se un minore sia o no sotto tutela; ma che per decidere se la donna abbia o no bisogno dell' autorizzazione del marito, se il minore abbia o no bisogno dell' assistenza del tutore e dell' omologazione del tribunale si debba applicare la legge del luogo in cui l' atto interviene.

Noi non accettiamo tale distinzione. Quando la legge dichiara un individuo maggiore o minore non riconosce in lui una qualità astratta, ma lo considera capace a fare certi atti in opposizione a certe incapacità anteriori pro-

[1] Vedi *Diritto pubblico internazionale*, parte 1ª, sez. 1, cap. 8, pag. 131–33. (Milano, 1865)

[2] Meier, *De conflictu legum*, t. I, p. 198.

prie della minorennità. Nella sostanza le quistioni relative agli effetti giuridici che seguono dalle qualificazioni personali e le quistioni di stato sono così intimamente connesse, che non si possono risolvere con criterii diversi. Ammettendo la distinzione che combattiamo, si renderebbe mutabile lo stato e la capacità.

Può infatti accadere che la legge del luogo, in cui interviene l'atto giuridico, conceda all'individuo una capacità più estesa che la legge della patria; si vorrà forse giustificare la frode alla legge, e sostenere che l'individuo sia divenuto capace con un piccolo viaggio? Come d'altra parte si vorrà dire che l'individuo capace nella patria a fare un atto, diventi incapace recandosi in territorio straniero? Supponiamo che ad un figlio di famiglia cittadino di un paese retto dal Diritto romano si presti denaro in territorio straniero senza consenso di suo padre. Noi opiniamo che non potendosi validamente prestare al figlio senza consenso del padre (*Senatus Maced.*), il prestito sarebbe invalido, qualunque fosse la legge del luogo in cui si verificò la stipulazione.

I contrarii invece opinano che per decidere se quel figlio di famiglia sia o no soggetto alla patria potestà si dovrebbe applicare la legge personale; ma per decidere della validità del prestito si dovrebbe applicare la legge del luogo in cui il denaro fu prestato, e se questa non richiedeva il consenso del padre il prestito sarebbe valido. Dunque la capacità si sarebbe estesa. Tutta la ragione che essi ne danno si è perchè, non potendo conoscere esattamente di quali atti l'individuo è capace secondo la sua legge personale, i cittadini potrebbero essere danneggiati se lo straniero potesse prevalersi della sua legge per invalidare certi atti validi. Ma se tutta la forza dell'argomentazione consiste nell'addurre gl'inconvenienti, non troviamo ragione per

preferire la loro dottrina perchè gl' inconvenienti s'accrescono piuttosto che diminuire.

Le leggi positive circa la capacità a trarre una lettera di cambio e gli effetti giuridici di tale atto sono diverse. Se della capacità astratta del traente si dovesse giudicare secondo la sua legge nazionale, e della capacità a trarre la lettera di cambio secondo la legge del luogo in cui essa fu fatta, sarebbe molto facile eludere la propria legge, simulando che la cambiale sia fatta in un luogo diverso, e gl' inconvenienti pratici non sono certamente piccoli. Nella stessa guisa una donna italiana capace di prestare cauzione secondo la legge nostra, che presti cauzione a Roma, potrebbe prevalersi del senatoconsulto Velleiano per invalidare la sua obbligazione; come d' altra parte un individuo il quale avesse i suoi beni in territorii diversi, avrebbe una capacità diversa a disporre degli stessi secondo le diverse legislazioni dei luoghi in cui esistono i beni. Questi pratici inconvenienti sono maggiori che la difficoltà di conoscere la legge personale dello straniero nel luogo in cui interviene l'atto, la quale può almeno eliminarsi. La prudenza consiglia, quando si contrae con uno straniero e non si è certo della sua condizione, di prendere informazioni esatte, o domandare un garante.

49. Vi sono stati anche scrittori i quali, partendo dal principio generale che i giudici devono osservare per la decisione delle contestazioni le leggi del loro paese, [1] ánno detto che per determinare la validità degli atti giuridici si deve applicare la legge del luogo in cui si verifica la controversia. Anche tali scrittori si poggiano alla ragione che è praticamente impossibile o almeno difficile che i giudici conoscano le legislazioni di tutti

[1] Zaccaria, *Diritto civile francese*, § 51.

i paesi e che si prestino ed applicarle. Noi ammettiamo che i giudici non sono obbligati a conoscere tutte le legislazioni, ma quando la parte interessata invoca l'applicazione della legge cui per se stessa è sottoposta, il giudice non deve rifiutarsi di prenderne conoscenza e di applicarla. Nè con ciò egli diventa l'uffiziale di un legislatore straniero; egli non è mai l'uffiziale di alcun sovrano, ma il sacerdote della giustizia che esercita il suo potere subordinando i fatti alle massime del diritto.

50. L'unica eccezione ragionevole al principio da noi sviluppato si è che gli effetti giuridici che derivano dallo stato e dalle qualificazioni personali non possono valere in territorio straniero, quando contradicono un principio di ordine pubblico vigente nel luogo in cui l'individuo vuole esercitare i suoi diritti. Così, per esempio, l'ebreo e la manomorta dichiarati capaci di acquistare immobili non potrebbero domandare l'applicazione della loro legge personale in uno Stato che considera gli ebrei e le mani morte come assolutamente incapaci. Come al contrario se un individuo dichiarato eretico e considerato nella sua patria incapace di esercitare i diritti civili acquisti diritti e faccia atti giuridici in un paese straniero, che considera come immorale questa specie d'incapacità, non potrebbe invocare la legge della sua patria contro il diritto pubblico di quel paese che dichiara sostanzialmente distinti gl'istituti civili e i religiosi. Si dica lo stesso dell'incapacità giuridica di uno schiavo messa in discussione innanzi ai tribunali di uno Stato che non riconosca la schiavitù, e dell'incapacità assoluta della donna per ragione del sesso. Certamente una donna maritata, la quale si fosse validamente obbligata in Italia col consenso del marito, non potrebbe per invalidare la sua obbligazione domandare ai tribunali nostri l'applicazione della sua legge secondo la

quale sarebbe incapace di obbligarsi per ragione del sesso. Secondo le nostre istituzioni la donna à una personalità giuridica ed è capace di obbligarsi, nè si può ammettere che debba essere in perpetuo sotto tutela e che di qualunque età sia giuridicamente incapace.

L'incapacità che deriva dalla morte civile, anche quando sia parziale e per condanna giudiziaria, sarà inefficace in uno Stato che non à sanzionata una tale disposizione. Infatti la privazione dei diritti civili sì totale che parziale è sempre la conseguenza legale e il necessario accessorio della condanna ad una pena. È vero che si è detto doversi essa considerare piuttosto come una modificazione di stato che come una pena, perchè di per se stessa non forma l'oggetto diretto della condanna, e i magistrati non la pronunziano; ma nel fatto essa risulta virtualmente di pieno diritto dalle pene alle quali la legge à annesso tale effetto, ed è la stessa e pei medesimi motivi che se fosse pronunciata come pena principale. Il magistrato in verità commina la pena; ma questa à un doppio carattere, è afflittiva e penale, e colpisce lo stato civile del condannato modificando notabilmente la sua condizione giuridica e il suo stato personale. Ora quantunque le leggi personali accompagnino la persona dovunque, pure considerando che le pene e le condanne criminali non si applicano nè si eseguono fuori dei limiti, nei quali comanda la pubblica autorità nel di cui nome furono pronunciate, la privazione parziale o totale dei diritti civili in seguito a condanne giudiziarie non avrà alcun valore quando la persona si rechi in territorio straniero.

Noi dunque conchiudiamo che lo straniero deve godere di un'estraterritorialità relativa, nel senso cioè che il suo stato e la sua capacità giuridica dev'essere regolata dalla sua legge nazionale purchè l'applica-

zione della stessa non offenda i principî di ordine pubblico del luogo in cui dimora o in cui vuol far valere i suoi diritti.

*51. La massima da noi stabilita circa la legge che deve regolare lo stato e la capacità giuridica della persona non è stata sanzionata in modo uniforme dalle legislazioni positive dei diversi Stati.

Il Codice Civile italiano dispone all'articolo 6: « Lo » stato e la capacità delle persone ed i rapporti di fami» glia sono regolati dalla legge della nazione cui esse » appartengono. » Questo principio è perfettamente conforme alla dottrina da noi sostenuta.

Al contrario il Codice prussiano à una disposizione conforme alla dottrina che abbiamo combattuta: « Le » qualificazioni personali e la capacità di ciascuno son » regolate dalla legge del luogo in cui la persona à il » suo domicilio reale (*art. 23*). » Questa disposizione si riferisce ai sudditi prussiani, e non distingue, sia che esercitino i loro diritti in una delle provincie soggette alla Prussia e rette da diversa legge, sia in paese straniero.

Rispetto poi agli stranieri la stessa legge stabilisce: « I sudditi di Stati stranieri che risiedono o fanno affari » in Prussia devono essere egualmente giudicati secondo » le disposizioni precedenti (*art. 34*). » Dunque la legge cui la persona è per se stessa soggetta, è, secondo la legislazione prussiana, quella del luogo in cui la persona è domiciliata. A questa regola generale però è fatta una speciale eccezione circa la capacità di contrattare. Il legislatore, considerando che i cittadini possono ignorare la legge in vigore nel luogo di domicilio della persona con cui contrattano, à stabilito che « gli stranieri i » quali contrattano in Prussia sopra oggetti che ivi si » trovano, devono essere giudicati rispetto alla loro

» capacità a contrattare secondo la legge più favore-
» vole alla validità del contratto (*art. 35*). » In conseguenza un contratto fatto a Berlino da un francese maggiore di anni 21 è valido perchè la legge francese fissa la maggiorennità agli anni 21 compiti, e un contratto fatto da un individuo domiciliato in un paese retto dal diritto romano, e dell' età di 24 anni, è pure valido perchè quantunque la legge del suo domicilio fissi la maggiorennità ai 25 anni, si applicherebbe la legge prussiana che la fissa ai 24.

Nella legislazione francese noi troviamo che il principio da noi sostenuto è sanzionato rispetto ai francesi residenti all' estero, ma non rispetto agli stranieri residenti in Francia. L' articolo 3, paragrafo 3 del Codice Civile francese, stabilisce: « le leggi che si riferiscono
» allo stato ed alla capacità delle persone regolano i
» francesi anche residenti in paese straniero. » Quindi il francese non può in paese straniero stipulare validamente atti di qualunque natura che sarebbe incapace di stipulare in Francia, anche quando fosse capace secondo la legge del paese in cui si trova. Come d' altra parte il francese non può in alcun caso prevalersi in Francia delle disposizioni di una legge straniera per contestare sotto il rapporto della sua capacità la validità degli atti da lui stipulati in paese straniero. Ma la disposizione del paragrafo 3, dell' articolo 3, si può applicare anche agli stranieri residenti in Francia? Saranno questi sotto l' impero delle loro leggi nazionali per tutto ciò che concerne il loro stato e la loro capacità, ovvero, secondo pensano alcuni, [1] dopo l' autorizzazione loro accordata dal governo di stabilire il domicilio in Francia, è loro applicabile la legge personale francese?

[1] Demangeat, *Condition des étrangers en France*, p. 81.

I compilatori del Codice Napoleone si sono astenuti dal risolvere questa importante quistione. Essi non ànno prescritto formalmente l'applicazione delle leggi straniere nelle contestazioni relative allo stato e alla capacità giuridica degli stranieri, forse pel timore di stabilire una regola che avesse potuto compromettere interessi francesi degni di protezione. Il Merlin riflette che dal principio che le leggi francesi relative allo stato ed alla capacità delle persone reggono i francesi anche residenti in paese straniero, segue naturalmente che per reciprocità le leggi che regolano lo stato e la capacità degli stranieri li seguono in Francia, e che secondo tali leggi i magistrati devono giudicare.[1] Gli scrittori francesi e la giurisprudenza accettano come regola generale tale principio; ma è certo che la legislazione non elimina gli equivoci, che molto è lasciato al giudizio dei magistrati, che valenti giureconsulti ànno fatto al principio generalé parecchie eccezioni, e che finalmente se i tribunali francesi senza motivi sufficienti si ricusassero di applicare la legge nazionale degli stranieri, non potrebbero per questo solo motivo essere dichiarati contravventori della legge francese ed incorrere per conseguenza nella censura della Corte di Cassazione, perchè nel fatto la legge non à una prescrizione formale.

Le disposizioni di diritto positivo in opposizione assoluta colla dottrina da noi stabilita le troviamo nell'antico Codice delle Due Sicilie, di cui l'articolo 5 era così concepito: « Le leggi obbligano tutti quelli che » abitano il territorio del regno, sieno cittadini o stra» nieri, domiciliati o passeggieri. »

Il Foelix (n° 32) e alcuni giureconsulti olandesi, tra cui Opzoomer Diephuis, e altri, opinano che il Codice

[1] Merlin, *Répert.*, v. *Lois*, § 6, n° 6.

civ. dei Paesi Bassi, art. 9, sottomette completamente gli stranieri alle leggi noerlandesi; ma l' Asser (*Revue de Dr. inter., 1869*, pag. 113) ha criticato tale interpretazione e dimostrato il contrario. In Prussia le *Leggi personali*, IX, 902, dispongono: « Lo straniero in tutto il tempo di » sua dimora è sottomesso, quanto alla sua persona e » quanto ai suoi beni, alle disposizioni delle leggi russe » ed à diritto alla protezione. Egli può fare qualunque » specie di contratto, obbligazione o convenzione, sia con » uno straniero, sia con un Russo: però, se l'obbliga- » zione deve avere il suo effetto nell' impero, dev' es- » sere nella sostanza e nella forma conforme alla legi- » slazione dell' impero. »

Noi non staremo a riprodurre tutte le disposizioni di diritto positivo relative allo stato ed alla capacità giuridica delle persone,[1] e che si possono classificare in una delle quattro categorie da noi stabilite. Noteremo solamente che sono pochissime quelle che ànno sanzionato la dottrina da noi stabilita la quale è accettata solamente dalla legislazione italiana, da quella del Belgio e la troviamo pure chiaramente formulata nell' articolo 4 del Codice civile del cantone di Berna il quale è così concepito: « Le leggi civili si applicano alle persone e alle cose » soggette alla sovranità dello Stato. Tuttavia i cittadini » Bernesi all'estero e gli stranieri a Berna saranno giu- » dicati quanto alla loro capacità personale secondo le » leggi della loro patria rispettiva. Le forme degli atti » saranno giudicate secondo la legge del paese in cui » furono stipulate. » Questo fatto però prova solamente che molto rimane a fare ancora perchè i principii da noi sostenuti siano accettati da tutti gli Stati.

Nessuno può negare che la vita giuridica degli

[1] Vedi Foelix, n° 52. A. De Saint-Joseph, *Concordance des Codes;* Savigny, § 363; Schaeffner, § 43-53.

Stati si è notabilmente mutata dopo la compilazione dei codici, e che molte disposizioni anderebbero modificate per mettere il diritto positivo al livello dei progressi della scienza. Se dunque le legislazioni non sanzionano la nostra dottrina, non dev'esser questa una ragione sufficiente per credere migliore la opinione che abbiamo combattuta. La scienza non deve appoggiarsi unicamente all'autorità dei codici scritti, altrimenti sarebbe impossibile il progresso della legislazione. È un fatto notevole assai questo, che nella maggior parte delle legislazioni di Europa non si trova il principio da noi sostenuto, ma è pure degno di tutta la considerazione che i due codici più moderni, il belga e l'italiano, che ànno tenuto conto dei risultati ultimi della scienza sanzionano il nostro principio. Come è pure un fatto notabilissimo che tutte le legislazioni positive, non esclusa la russa e l'inglese, ammettono come massima generale che le leggi che regolano lo stato e la capacità personale del cittadino lo accompagnano dovunque egli vada a risiedere. Affinchè questa disposizione, che si trova in tutti i codici, diventi verità, si deve ammettere la reciproca; che cioè lo stato e la capacità personale dello straniero debba essere regolato dalla legge della sua patria; ossia sanzionare come regola generale che la legge personale di ciascuno è quella della nazione cui l'individuo appartiene.

CAPITOLO II.

Della cittadinanza.

52. Diverso modo di considerare la cittadinanza. — 53. Regole generali per acquistarla. — 54. Disposizioni relative del Codice civile italiano, paragonate a quelle del Codice francese. — 55. Perdita della cittadinanza italiana. — 56. Confronto col Codice francese. — 57. Modi per riacquistare la cittadinanza perduta. — 58. Della nazionalità del figlio naturale riconosciuto durante la sua minorennità, esame critico delle opinioni degli scrittori. — 59. Dello straniero da lunghi anni domiciliato in Italia.

Avendo dimostrato che la legge personale dovrebbe essere quella della nazione di cui ciascuno è membro passiamo ad esaminare in qual modo si deve determinare la nazione del fanciullo che nasce.

*52. Ciascuno Stato à disposizioni di diritto positivo per distinguere i cittadini dagli stranieri e stabilisce i modi coi quali si acquista o si perde la cittadinanza. Considerando lo spirito delle diverse legislazioni noi troviamo che di esse alcune fanno dipendere la cittadinanza dal fatto materiale della nascita nel territorio. Così era, per esempio, nella Francia secondo il diritto antico,[1] nel Belgio ove la legge fondamentale del 1815, abolita poi con la costituzione del 1831, attribuiva la cittadinanza agl' individui nati nel Belgio da genitori ivi domiciliati; e nell' Inghilterra nei tempi moderni[2] ove si considera come inglese il figlio nato nel territorio inglese da padre straniero. Altre considerano la cittadinanza come un beneficio conferito dalla legge, ma vo-

[1] Pothier, *Des person.*; Vallette, *Sur Proudhon*, p. 121.
[2] Westoby, *Législation anglaise*, ch. 2.

lontariamente e liberamente accettato dall'individuo, e per queste il fatto materiale della nascita à un importanza secondaria e tutto dipende dalla volontà espressa o tacita dell'individuo stesso.

53. Quasi tutte le legislazioni ammettono che i figli nati da legittimo matrimonio acquistano la cittadinanza del padre per diritto di nascita; quindi la legge della nazione del padre prende sotto la sua protezione il fanciullo dal momento della nascita, e gl'imprime la qualità di cittadino della stessa patria. Questo principio deriva dalla legislazione romana: *Cum legitimæ nuptiæ factæ sunt patrem liberi sequuntur.* [1] Per i figli nati fuori di legittimo matrimonio, le legislazioni che ànno seguìto il diritto romano, nel quale non troviamo in principio nulla d'equivalente ai nostri atti di riconoscimento per costatare la paternità naturale, ammettono come regola generale che i figli naturali seguono la condizione della madre *vulgo quæsitus matrem sequitur.* [2] *Lex naturæ hæc est ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur.* [3] Altre legislazioni poi ammettono che il figlio naturale segue la condizione della madre, ammenochè il figlio non sia riconosciuto da suo padre.

Il fanciullo oltre la cittadinanza acquista il domicilio legale, il quale si chiama domicilio di origine: ed è quello del padre e della madre secondo la distinzione suesposta. La cittadinanza si conserva durante il tempo della minorennità perchè durante tale periodo il fanciullo non à, legalmente parlando, alcuna volontà. Dopo la maggiorennità la presunzione legale è sempre per la conservazione della nazionalità di origine. Notiamo però che l'individuo il quale reclama la qualità di cittadino di una

[1] L. 19, ff., *De stat. homin.*
[2] Id., ibid.
[3] L. 24, id., ibid.

patria per diritto di origine, deve provare il possesso di stato secondo la legge di quel paese, il quale per quanto possa essere bene fondato ingenera una semplice presunzione di nazionalità, che può essere distrutta provando che il reclamante abbia perduto la nazionalità di origine con uno dei modi determinati dalla legge.

In tutte le legislazioni noi troviamo che la cittadinanza si acquista sotto date condizioni per beneficio della legge, e che si perde verificandosi certe circostanze. In ogni modo è sempre la legge di ciascun paese che si deve consultare per decidere quali sono i cittadini e quali gli stranieri: e in quali casi si deve considerare acquistata o perduta la cittadinanza: e quali condizioni deve adempiere chi vuole riacquistare la cittadinanza perduta. Per concretare le idee preferiamo di esporre le disposizioni del Codice Civile italiano, confrontandole con quelle del Codice Napoleone per determinare quali sono le persone che vivono sotto la protezione della legge nostra e che ne possono domandare l'applicazione.

*54. Il cittadino per diritto di nascita è quello nato da padre cittadino (*Cod. Civ. ital., art. 4*). Evidentemente il nostro legislatore considera la cittadinanza come dipendente dall'origine e dal sangue piuttostochè dal territorio, e perciò non fa alcuna distinzione tra figlio nato nel regno o all'estero, da legittimo matrimonio o fuori di esso. Se il padre è noto, qualunque individuo nato da padre italiano è di pieno diritto italiano. Se il padre è ignoto, è cittadino il figlio di madre cittadina (*art. 7*). Se poi il padre e la madre siano ignoti, è cittadino il figlio nato nel regno.

L'art. 10, Cod. Nap., è conforme al nostro art. 4, ed in Francia fu deciso che potesse essere capo dei giurati un individuo nato all'estero da padre francese finchè non fosse provato che suo padre avesse perduto

la sua qualità di francese con uno dei modi specificati dalla legge.[1] Fu inoltre considerato francese un individuo nato in Spagna da un francese nonostante che il padre avesse nel suo contratto di matrimonio presa la qualità di spagnuolo e in buona fede prestato giuramento alla costituzione di Spagna.[2]

Il nostro codice stabilisce altresì cinque modi mediante i quali le persone, benchè di origine straniera, o possono acquistare la qualità d'italiani sotto condizioni meno rigorose di quelle del diritto comune in materia di naturalizzazione, di cui parleremo a parte, o acquistano tal qualità di pieno diritto colla facoltà di rinunziarvi.

a) Qualunque individuo nato nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti è reputato cittadino. La nostra legge dichiara però espressamente che la residenza per causa di commercio non basta in tal caso a determinare il domicilio. Questa disposizione, che considera cittadino di pieno diritto il figlio di uno straniero nato nel regno sotto certe condizioni, non à certamente voluto richiamare in vigore la nazionalità *jure soli*, ma à interpretato le naturali tendenze e la presunta volontà dell'individuo stesso. È ragionevole infatti che un individuo il quale è nato in Italia da un padre quivi domiciliato da dieci anni, che à imparato la nostra lingua, che à assimilato i nostri costumi, le nostre istituzioni, le nostre abitudini, che si è affezionato al luogo nativo ignorando probabilmente la patria di suo padre, debba considerarsi piuttosto italiano che straniero. Però gli è data facoltà di eleggere la qualità di straniero facendone la dichiarazione entro l'anno dalla maggiorennità.

[1] *Crimin. rej.*, 25 janvier 1838.
[2] Bourdeaux, 14 déc. 1841; Dalloz, *Droit civil*, n° 68.

A noi sembra che piuttosto l'articolo 9 del Codice Napoleone riproduca le tradizioni dell'antica legislazione che dichiarava francese di pieno diritto ogni individuo nato in Francia.[1] Il citato articolo infatti stabilisce: *Tout individu né en France d'un étranger pourra dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité* RÉCLAMER *la qualité de français, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année à compter de l'acte de soumission.* Il legislatore non fa sotto questo rapporto differenza tra il figlio i di cui genitori si trovassero di passaggio in Francia, e il figlio nato da stranieri che avessero ivi fissato il loro domicilio; sì l'uno che l'altro può divenire francese adempiendo le condizioni richieste dall'art. 9. Notiamo inoltre che la parola *réclamer*, nella precisione del linguaggio giuridico suppone un diritto preesistente e quindi ragionevolmente i commentatori ànno sostenuto che si è voluto consacrare il sistema della retroattività,[2] nel senso cioè che la dichiarazione fatta entro l'anno della maggiorennità retroagisce all'epoca della nascita del figlio e gl'imprime la qualità di francese a partire da quell'epoca. Ora a qual titolo si è voluto supporre un diritto preesistente alla nazionalità francese in favore del figlio nato in Francia da stranieri di passaggio,[3] se non a titolo di transazione

[1] Prima del 1789 ogni individuo nato in Francia si considerava francese e suddito del Re. V. Bacquet, *Droit d'aubain*, p. IV, c. XXXII; Domat, *Droit public*, liv. I, tit. 6, sec. 6, nº 3. Questo principio fu conservato nelle costituzioni posteriori al 1789. V. *Constitutions*, 1790, 1791, 1793, 1895 e 22 *frimaire*, an. VIII, art. 2, 3.

[2] Merlin, *Répert.*, v. *Français*, § 1, nº 1; Toullier, 1, 261; Zaccaria, 1, § 69.

[3] Cassaz. franc., 5 maggio 1862, Dev., 1862, I, 637.

fra le due opinioni diametralmente opposte delle due sezioni di legislazione una delle quali in conformità del progetto primitivo fatto al Consiglio di Stato voleva riprodurre nel nuovo codice l' antico principio che ogni individuo nato in Francia era per ciò solo di pieno diritto francese ?

L' articolo 8 del Codice civile italiano è basato invece sulle naturali tendenze dell' individuo, e sulla sua volontà presunta: perciò dispone che quegli nati nel regno da stranieri che non abbiano fissato il domicilio da dieci anni sono riputati stranieri, salvo però la facoltà loro concessa di eleggere la cittadinanza italiana facendone la dichiarazione innanzi all' ufficiale dello stato civile, e fissando il loro domicilio nel regno entro l' anno dalla fatta dichiarazione.

Nella legislazione francese noi troviamo un' altra disposizione in cui si rivelano più chiaramente le influenze dell' antica legislazione che stabiliva il principio della sudditanza *jure soli*. La legge del 22, 29 gennaio e 7 febbraio 1851, articolo 1°, stabilisce: *Est français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soi devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger*. Il beneficio accordato da tale disposizione è indipendente da qualunque condizione di residenza sì da parte di chi l' invoca, sì da parte delle persone alle quali egli deve i suoi giorni. Basta, perchè il figlio possa domandare tale beneficio, che egli sia nato in Francia e che l' uno o l' altro dei suoi genitori vi sia nato egualmente. In modo che se la nascita del padre e del figlio avesse avuto luogo

nel corso di un viaggio, quest'ultimo sarebbe francese di pieno diritto. La redazione chiara e precisa dell'articolo e le dichiarazioni della Commissione, la quale disse di aver soppressa la parola ***residenza*** per evitare le difficoltà che potevano sorgere, provano a sufficienza come sono sempre vive in Francia le tradizioni della legislazione antica, secondo cui si considerava suddito del re ogni individuo nato nel territorio francese.[1]

Si potrebbe elevare il dubbio se il beneficio attribuito al figlio nato nel nostro regno da straniero non domiciliato da 10 anni possa estendersi anche al figlio concepito nel regno e nato all'estero in forza del principio ***infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur.*** Noi opiniamo che avendo il legislatore adoperato la parola ***nato*** non si può estendere la disposizione al fanciullo ***concepito***, nè la finzione per la quale si reputa di già nato il fanciullo solamente concepito può valere in tutti i casi. Però se il padre abbia continuato a tenere il domicilio nel regno anche dopo il nascimento, e la nascita all'estero si potesse considerare come un fatto accidentale ed in ***transitu***, la disposizione dell'articolo 8 potrebbe essere applicata. Il fatto solo del concepimento qualche volta difficile a costatarsi, e suscettibile di molte contestazioni non può essere per se stesso sufficiente per fissare una qualità tanto importante come quella della nazionalità,[2] ma se oltre all'essere concepito il fanciullo fosse stato allevato ed educato nel regno, le facilitazioni dell'articolo 8, fondate sulle attrazioni istintive pel luogo in cui il fanciullo si sviluppa e passa l'infanzia, non dovrebbero essere negate sol

[1] Vedi Zaccaria, § 70.
[2] Confr. Duranton, t. I, nº 130; Demolombe, nº 164.

perchè accidentalmente sia nato all'estero durante un viaggio.[1]

b) Il secondo caso in cui si può acquistare la cittadinanza italiana per disposizione della legge è quello contemplato dall'articolo 5. Se il padre ha perduto la cittadinanza prima del nascimento del figlio, questi è riputato cittadino ove sia nato nel regno e vi abbia la sua residenza. È questo un favore che il legislatore à accordato al fanciullo in considerazione del sangue e del fatto della nascita e della residenza sufficiente a far presumere la volontà di appartenere alla nostra nazione. È concesso però al fanciullo di scegliere la qualità di straniero facendo la dichiarazione innanzi all'uffiziale dello stato civile entro l'anno dalla età maggiore determinata secondo le leggi del regno.

c) Il figlio nato all'estero da padre che era una volta italiano ma che abbia perduto tale qualità prima del suo nascimento può acquistare la cittadinanza italiana facendone la dichiarazione innanzi all'uffiziale dello stato civile entro l'anno della maggiorennità e fissando il domicilio nel regno entro l'anno dalla fatta dichiarazione (*art. 6,* § *2*). Però se egli à accettato un impiego pubblico nel regno oppure à servito o serve nell'armata di terra o di mare senza invocarne esenzione per la sua qualità di straniero, sarà senz'altro riputato cittadino. Questa disposizione corrisponde al paragrafo 2, art. 10 del Codice Napoleone; àvvi però la notabile differenza che il nostro legislatore à prescritto che la dichiarazione debba farsi entro l'anno dalla maggiorennità, mentre il Codice francese à concesso al figlio di reclamare in quelle condizioni la qualità di francese sempre, *toujours.*

[1] Confr. Richelot, t. I, p. 115; Caen, 3 fév. 1815, aff. Montalembert, v. *Émigré.*

d) Diventano cittadini secondo la legge nostra i figli minori dello straniero che à ottenuto la cittadinanza semprechè abbiano anch'essi fissato la residenza nel regno. Loro però è concessa facoltà di scegliere la qualità di stranieri facendone la dichiarazione giusta le norme stabilite innanzi. Nella legislazione francese al contrario troviamo che il figlio dello straniero posteriormente naturalizzato non è considerato come cittadino, ma è ammesso a reclamare la qualità di francese facendone la dichiarazione entro l'anno dalla maggiorennità, se era minore nell'epoca della naturalizzazione: e nell'anno che segue la naturalizzazione, se egli era già maggiore quando questa ebbe luogo. Legge del 22 e 29 gennaio e 7 febbraio 1851, articolo 2. Noi ritorneremo su queste disposizioni in appresso.[1]

e) La legge nostra conferisce finalmente la cittadinanza alla donna straniera che si mariti ad un italiano la quale diviene italiana col semplice fatto del matrimonio (*art. 9*). Questa disposizione che è giustificata dall'indivisibilità dei conjugi, i quali diventano moralmente una persona sola e che corrisponde all'articolo 12 del Codice Napoleone, non è accettata da tutte le legislazioni. Secondo l'antica legge inglese, la donna che sposava uno straniero conservava la cittadinanza inglese, benchè acquistasse la cittadinanza del marito. A questa diversità di diritto positivo è stato provveduto con la legge del 1870. Se la donna potesse conservare la sua cittadinanza d'origine, sarebbe cittadina di due Stati, perchè secondo la legge nostra, non ostante stipulazione contraria, il mutamento di cittadinanza della donna segue necessariamente dal matrimonio.

Può sorgere la quistione se la donna maritata ad

[1] Vedi n° 69 e l'Appendice, pag. 548.

un italiano resterà italiana anche quando il matrimonio sia dichiarato nullo. Certamente, se ella contrasse il matrimonio in buona fede, perchè secondo l'*art. 9*, la donna acquista la cittadinanza del marito col semplice fatto del matrimonio, e secondo l'*art. 116* il matrimonio putativo produce gli effetti civili in favore del coniuge in buona fede. La soluzione dovrebbe essere in senso contrario se la donna l'avesse contratto in mala fede.[1] Il Merlin però opina che in questa ipotesi la donna conserverebbe la nazionalità del marito finchè il matrimonio non sia annullato. Quando il matrimonio non è nullo di pieno diritto, dice egli, la donna dev'essere considerata in tutto come maritata finchè la nullità non sia pronunziata con una sentenza giudiziaria. Questa opinione è fondata sui veri principii perchè il matrimonio putativo esiste e produce tutti gli effetti finchè non ne sia pronunziata la nullità, ed è il semplice fatto del matrimonio che imprime alla donna la cittadinanza di suo marito. In conformità di questa dottrina, in Francia è stato deciso che anche il secondo matrimonio contratto da un francese all'estero, vivente la prima moglie, conferisce alla straniera la qualità di francese, e che la donna può essere autorizzata a muovere querela contro suo marito innanzi al tribunale francese pel crimine di bigamia di cui si sarebbe reso colpevole.[2]

*55. Rispetto alla perdita della cittadinanza italiana notiamo che oltre la naturalizzazione in paese straniero di cui parleremo in seguito, la legge nostra determina cinque modi coi quali si perde la qualità d' italiano (*art. 11*).

[1] Merlin, *Répert.*, v. *Mariage*, sect. 6, § 2, quest. 4, sull'art. 184, Codice Napoleone; Delvincourt, p. 15, nota 7.

[2] Dalloz, *Droit civil*, n° 155; *Crimin. rej.*, 18 fev. 1819, aff.; Serrazin, v. *Bigamie*, n° 16.

a) Colla rinunzia fatta con dichiarazione innanzi all'uffiziale dello stato civile del proprio domicilio e col trasferire la residenza in paese straniero. Avendo il nostro legislatore considerata la cittadinanza come un rapporto volontario e libero dovea ragionevolmente ammettere la facoltà di rinunziarvi.

b) Accettando all'estero un impiego da un governo straniero. S'intende bene che la legge nostra à voluto parlare di funzioni politiche amministrative o giudiziarie, di funzioni diplomatiche e di quelle che si riattaccano all'esercizio del potere pubblico e che possono importare obblighi inconciliabili con quelli che l'individuo à verso la patria.

c) L'entrata nel servizio militare di una potenza straniera senza permesso del governo, porta la perdita della qualità d'italiano.

d) Maritandosi ad uno straniero la donna italiana perde la cittadinanza, sempre chè acquisti col fatto del matrimonio la cittadinanza del marito. Con tale dichiarazione il nostro legislatore à voluto prevenire il pratico inconveniente che la donna italiana potesse trovarsi senza nazionalità. Prima della pubblicazione dello *Statuto 7 e 8 Vittoria*, *c. 61, art. 16,* la donna francese che si maritava ad un inglese, col fatto del matrimonio perdeva la qualità di francese (*Cod. Nap., art. 19*) ma non acquistava la qualità d'inglese. Dopo lo statuto della regina Vittoria qualunque donna che si marita ad un inglese si considera come naturalizzata ed à tutti i diritti di una nazionale.[1]

e) Finalmente la moglie e i figli minori di colui che à perduto la cittadinanza, diventano stranieri, salvo che abbiano continuato a tenere la loro residenza

[1] Westoby, *Résumé de la législ. anglaise*, p. 50.

nel regno. Su questo articolo noi ritorneremo nel capitolo seguente.

56. Le disposizioni su esposte che sono contenute negli articoli 11 e 12 del Codice civile italiano corrispondono in gran parte a quelle contenute negli articoli 17, 19, 21 del Codice Napoleone, modificate dai decreti imperiali del 5 aprile 1809 e 26 agosto 1811. Il Codice Napoleone à però una disposizione speciale che non si trova nella legislazione nostra. Lo stabilimento in paese straniero senza intenzione di ritorno in patria è sufficiente a far perdere la qualità di francese (*art. 17*, nº 3).

57. Circa la reintegrazione nella qualità di cittadino italiano per quelli che ànno perduta la cittadinanza o facendosi naturalizzare all'estero o ponendo in essere un fatto che la legge considera sufficiente per presumere una rinuncia tacita, la legge stessa dispone che la donna italiana maritata ad uno straniero rimanendo vedova, può ricuperare la cittadinanza se risieda nel regno o vi rientri, o dichiari davanti l'ufficiale dello stato civile di volervi fissare il suo domicilio (*art. 14, comma 2*). Questa disposizione si applica altresì alla moglie divenuta straniera perchè il marito abbia perduto la cittadinanza (*art. 11, comma 4, 5*).

I figli minori divenuti stranieri per la perdita di cittadinanza del padre, possono riacquistarla facendone la dichiarazione entro l'anno dall'età maggiore davanti l'ufficiale dello stato civile di loro residenza o davanti i regi agenti consolari o diplomatici all'estero (*art. 11, comma 5*).

Quelli poi che avessero perduta la cittadinanza per gli altri motivi da noi esposti, possono riacquistarla: 1º Rientrando nel regno con permissione speciale del governo. 2º Rinunziando alla cittadinanza straniera, all'impiego o al servizio militare accettati in paese stra-

niero. 3° Dichiarando davanti l'ufficiale dello stato civile di fissare, e fissando realmente il domicilio nel regno (*art. 13*).

Avendo esposto brevemente i principii della legislazione nostra per distinguere quali sono i cittadini per diritto di nascita e quali sono gli stranieri; quelli che diventano cittadini per beneficio della legge, e quelli che perdono la cittadinanza italiana; e i modi coi quali si può riacquistare la cittadinanza perduta, passiamo a proporre qualche quistione che può dar luogo a conflitto di legislazione.

58. Supponiamo che un fanciullo sia nato in Italia e che sia stato inscritto nei registri dello stato civile sotto il nome di sua madre italiana e di padre ignoto. Secondo la legge nostra tale fanciullo deve riputarsi cittadino in virtù dell'art. 7 del Codice civile: *è cittadino il figlio nato da madre cittadina.* Se il padre naturale di tale fanciullo fosse un francese e questi durante la minorennità del figlio lo riconosca come suo figlio naturale, il riconoscimento renderà *ipso facto ipsoque jure* tale fanciullo francese in virtù dell'art. 10, Codice Napoleone che stabilisce: *ogni figlio nato da un francese in territorio straniero è francese?*

La quistione non è scevra di difficoltà, e gli scrittori non si accordano nella soluzione. Secondo il De Chassat[1] ed il Duranton[2] il fanciullo dovrebbe conservare la nazionalità della madre. Il fanciullo, dice il De Chassat, appartiene alla patria prima di appartenere ai suoi parenti, non in virtù del principio feudale della nascita nel territorio, ma in virtù del principio politico romano, secondo il quale ciascuno nasce membro di una patria. Se il fanciullo à acquistato la qualità di cittadino,

[1] De Chassat, *Des statuts*, n° 224.
[2] Duranton, t. I, p. 80-83.

non dovrebbe essere permesso ad uno straniero di togliere un cittadino alla patria. A queste ragioni il Dalloz aggiunge: *La qualité de français, une fois imprimée, ne se perd que par l'un des moyens énoncés dans les articles 17 et 18 du Code Napoléon.*[1] Nel caso nostro dunque si potrebbe dire che non avendo il Codice civile italiano annoverato tra i modi per perdere la cittadinanza il riconoscimento per parte di un padre straniero, il fanciullo dovrebbe conservare la nazionalità di origine.

Altri scrittori dicono che debba lasciarsi nella balìa del fanciullo di scegliere fra la nazionalità di suo padre e quella di sua madre.[2] Altri finalmente, tra i quali il Legat, il Demolombe e il Marcadè[3] sostengono che tra gli effetti del riconoscimento deve annoverarsi pure il cambiamento della nazionalità. Noi seguiamo questa opinione perchè la troviamo fondata su più salde ragioni.

Della condizione del figlio naturale, secondo la legge nostra e dei suoi rapporti con suo padre, non si può discorrere come per diritto romano. Il connubio illecito, presso i Romani, non produceva tra padre e figlio alcun legame e alcun rapporto di patria potestà; al contrario il riconoscimento è presso noi il fondamento d'importanti rapporti giuridici tra padre e figlio naturale. La stessa legge nostra, quantunque non attribuisca al padre che riconosce suo figlio tutti i diritti di patria potestà come il Cod. Napol. (*art. 383*) pure dispone che il figlio naturale riconosciuto assume il nome del genitore ed a preferenza quello del padre (*art. 185*), è sotto la

[1] Dalloz, *Répert.*, v. *Droit civil et polit.*, sect. II, art. 4.
[2] Richelot, t. 1, p. 111.
[3] Legat, *Code des étrangers*, p. 8 e seg.; Demolombe, *De la publication des lois*, n° 149; Marcadé, *Revue critique de jurisp.*, 1852, p. 193.

tutela del padre (*art. 184*), abbisogna del suo consenso per contrarre matrimonio (*art. 66*), e in caso di dissenso il consenso del padre prevale su quello della madre se entrambi lo abbiano riconosciuto (*art. 66, 63*); concede finalmente i diritti di successibilità reciproca quando la filiazione sia legalmente riconosciuta (*art. 744-750*). Queste disposizioni che nello spirito sono conformi a quelle contenute negli *articoli 383, 148, 158, 757, 765*, del Codice Napoleone, attribuiscono al padre la stessa preponderanza sulla madre del figlio riconosciuto, che nel caso di paternità legittima.

Se dunque gli stranieri possono riconoscere innanzi alla legge nostra i loro figli naturali, se tale atto, quando non sia contestato, produce tutti gli effetti che la legge gli attribuisce, perchè si vorrà negare il cambiamento di nazionalità? Perchè si vorrà ammettere che il figlio che entra nella famiglia del padre, che riceve il suo nome, che succede ai suoi beni, che è sotto la sua tutela, possa poi avere dei doveri politici opposti a quelli di suo padre, che possono pure essere in contradizione con quei vincoli naturali che si stabiliscono col riconoscimento tra padre e figlio? Se nel caso di riconoscimento fatto da entrambi i genitori, secondo la stessa legge nostra, la tutela compete di preferenza al padre, il nome del padre prevale su quello della madre, e la sua volontà vince in caso di dissenso pel matrimonio del figlio, sembra più ragionevole che la nazionalità del padre debba anche prevalere su quella della madre.

Alle osservazioni dei contrarii noi rispondiamo che secondo la legge nostra cessano di essere cittadini quelli che acquistano la cittadinanza in paese straniero (*art. 11, comma 2*). Se dunque si ammetta che il riconoscimento è sufficiente perchè il figlio acquisti la cittadinanza di suo padre naturale, è conforme alla legge

che perda la cittadinanza nostra. Nè è vero che lo straniero toglie un cittadino alla nostra patria, imperocchè quantunque ogni individuo nasca cittadino di una patria, questa si determina principalmente secondo i vincoli del sangue e dell'origine, piuttosto che per le circostanze esteriori. Per questo appunto la legge nostra reputa cittadino il figlio nato all'estero da padre cittadino, e straniero il figlio nato nel regno da padre straniero. Il figlio naturale quindi segue la condizione di sua madre, quando il padre è ignoto, ma quando questi lo riconosce deve ammettersi che segua la condizione di suo padre e che diventi straniero

L'opinione del Richelot, che cioè deve lasciarsi nella balìa del figlio di scegliere tra la nazionalità del padre o della madre, non l'accettiamo. Noi non possiamo ammettere che la nazionalità del fanciullo debba essere sospesa, finchè egli non sia nella condizione di scegliere, perchè è necessario che ognuno abbia una patria certa, e che si conosca se il fanciullo è italiano o francese per determinare la legge che regola il suo stato e i suoi rapporti col padre.

La giurisprudenza francese sembra che voglia consacrare i principii da noi esposti sugli effetti del riconoscimento di un figlio naturale sulla sua nazionalità.[1]

*59. Che cosa deve dirsi dello straniero da lunghi anni domiciliato in Italia senza intenzione di ritornare in patria, il quale avesse eretto stabilimenti, avesse acquistato proprietà immobili e si fosse assoggettato a sopportare tutti i gravami cui sono tenuti i cittadini? Il domicilio decennale, che secondo la legge nostra è sufficiente a far riputare cittadino il figlio nato dallo stra-

[1] Douai, 19 mai 1835 (Dev. 1836, II, 97). Cass., 15 juillet 1840 (Dev. 1840, I, 900). Caen, 18 nov. 1832 *Jour. du Pal.*, 1852, II, 525, Georges Barritt). Metz, 8 août 1855 (Dev. 1857, II, 35). Boivet.

niero, sarà sufficiente a far considerare come cittadino anche il padre? È certo che in tutte le legislazioni noi troviamo fatta sostanziale differenza fra domicilio e cittadinanza. Secondo il diritto romano sono essenzialmente distinti l'*jus incolatus* e l'*jus civitatis,* e tale distinzione è passata in tutte le legislazioni su di esso modellate. Si può ragionevolmente discutere se secondo la legislazione romana il domicilio decennale importasse da sè la cittadinanza dopo la costituzione di Antonino[1] e specialmente dopo la novella di Giustiniano.[2] La Corte di cassazione di Milano[3] nella causa Elena Comm. Domenico contro Delitala di Manca Ferdinando à ritenuto l'affermativa, altri sostengono la negativa. Ma innanzi al nostro codice non è possibile sostenere l'affermativa.

Il nostro legislatore determina la condizione del figlio nato in Italia da uno straniero, che à quivi un domicilio decennale, e lo reputa cittadino per diritto di nascita, ma rispetto al padre non à nulla disposto, e perciò a lui sono applicabili le regole generali, cioè se si è naturalizzato sarà considerato cittadino, se non si è naturalizzato, sarà considerato come cittadino della sua patria di origine. Nè noi troviamo ragioni sufficienti per criticare la legge nostra. A primo aspetto si potrebbe dire che è un' ingrata sorpresa di considerare come straniero un individuo che à in Italia un domicilio più che decennale, e che sopporta tutti i gravami dello Stato. Che come si ammette la tacita rinuncia della cittadinanza di origine in certi casi, così si dovrebbe ammettere l'accettazione tacita col domicilio prolungato. Queste ragioni però non sono sufficienti a criticare la legge nostra. In fatto di cittadinanza è necessario eliminare

[1] L. 17, D., *De statu hom.*
[2] Nov., 78, c. 5.
[3] Giornale *La Legge*, 1863, n° 114.

gli equivoci, ed il pratico inconveniente che gli stranieri possano reclamare la qualità di cittadini o di forestieri secondochè loro meglio giova. La nostra legge à determinato necessaria ad acquistare la cittadinanza nostra la naturalizzazione. Se lo straniero domiciliato non si è naturalizzato, ció significa che egli non vuole rinunziare alla nazionalità di origine, e non si può aggregare un nuovo cittadino alla patria senza una dichiarazione certa ed esplicita.

CAPITOLO III.

Della naturalizzazione.

60. Che s'intende per naturalizzazione. — 61. Disposizioni della legge francese circa la naturalizzazione degli stranieri. — 62. Legislazione inglese. — 63. Due forme di naturalizzazione permesse dalla legge italiana. — 64. Parere del Consiglio di Stato italiano, circa il valore della naturalizzazione per decreto reale. — 65. Conseguenze che derivano dall'unione e separazione di territorio. — 66. Il marito naturalizzandosi all'estero non renderà straniera anche la moglie. — 67 Critica del comma 4, articolo 11, codice civile italiano. — 68. Se il padre si naturalizza all'estero non rende straniero il figlio. — 69. Critica della disposizione del Codice civile italiano. — 70. Condizione dei minori di Nizza e Savoia.

60. La naturalizzazione è un atto che si compie coll'intervento della pubblica autorità e colle forme stabilite dalla legge del paese e in virtù del quale lo straniero è ammesso nel consorzio dei cittadini dello Stato colla facoltà di partecipare ai diritti dei nazionali e coll' obbligo di sopportarne gli oneri.

La naturalizzazione è ammessa da quasi tutte le

legislazioni: sono però differenti le forme colle quali la si concede e le conseguenze giuridiche che produce, le quali derivano dal modo diverso di considerare il rapporto di sudditanza. Gli Stati per i quali la sudditanza è un rapporto libero, fondato sulla volontaria elezione dell'individuo, espressa o presunta, ammettono il diritto di rinunciare alla cittadinanza ed eleggerne un'altra; quelli invece che la considerano come un rapporto necessario, ammettono che l'individuo dichiarato cittadino non possa naturalizzarsi all'estero senza avere ottenuto il permesso del suo governo.

*61. In Francia la naturalizzazione degli stranieri è regolata dalla legge dei 13-21 novembre e 3 dicembre 1849 e dev'essere accordata dopo l'inchiesta fatta dal governo sulla moralità dello straniero, e previo avviso del Consiglio di Stato. Notiamo però che dopo la costituzione del 14 gennaio 1852, l'imperatore non è legato da tale avviso e può in tutti i casi ammetterlo o rigettarlo. Lo straniero che aspira alla naturalizzazione deve riunire le due seguenti condizioni: che abbia, dopo l'età di 21 anni compiti, ottenuto l'autorizzazione di stabilire il suo domicilio in Francia, conforme all'art. 13 del Codice civile; e che v'abbia avuto residenza dopo tale autorizzazione per 10 anni. Questo termine però può essere ridotto ad un anno in favore di quelli che ànno reso alla Francia servigi importanti, o che ànno apportato alla loro nuova patria sia un'industria, sia invenzioni utili, sia talenti distinti, o che vi ànno formato grandi stabilimenti.

Secondo il Codice Napoleone la naturalizzazione propriamente detta sarebbe necessaria non solo agli stranieri che vogliono divenire francesi, ma anche ai francesi che avessero perduta la cittadinanza, entrando al servizio militare di una potenza straniera (*art. 21*).

Tale disposizione però è stata modificata dal decreto del 26 agosto 1811, ed oggi il Francese, che è entrato al servizio militare di una potenza straniera senza autorizzazione, può ricuperare la qualità perduta senza essere obbligato ad adempiere le condizioni imposte agli stranieri per diventare cittadini. A lui basta ottenere le lettere di grazia (*lettre de relief*) per rientrare in Francia.[1] Notiamo altresì che secondo l'ordinanza dell'11 giugno 1814, su cui è modellata la legge del 3 dicembre 1849, la semplice naturalizzazione si distingue dalla grande naturalizzazione, che conferisce allo straniero divenuto francese il diritto di sedere nell'Assemblea legislativa, e che dev'essere sempre pronunziata per legge. È controverso[2] però se tale distinzione, che ha continuato certamente ad esistere dopo la Costituzione del 2 novembre 1848, non sia stata abrogata dalla Costituzione del 14 gennaio 1852. Alcuni opinano[3] che dopo la Costituzione del 52 non fu necessaria la grande naturalizzazione, e riportano l'esempio del Poniatowski naturalizzato ed eletto senatore. In ogni modo dopo la legge del 29 giugno 1867, che modificò in certe parti la legge del 1814, la sola differenza che sussiste è tra naturalizzazione ordinaria e straordinaria.

* 62. Secondo la legge inglese vi sono tre atti ben distinti, coi quali si accordano agli stranieri quei diritti che costituiscono il privilegio dei cittadini inglesi, e sono l'imperfetta naturalizzazione,[4] la naturalizzazione semplice e la naturalizzazione con statuto del Parlamento.

[1] Demante, *Revue de législation*, t. VII, p. 424; Demolombe, t. I, n° 169; Vallette, *Sur Proudhon*, t. I, p. 128, nota *a*.

[2] Demante, op. cit., t. II, n° 320 *bis*; Bendant, *Revue critique de législ.*, 1855, t. VII, p. 113.

[3] Demangeat, note a Foelix, n° 39 *a*; Demolombe, t. I, n° 160 *quater*.

[4] Lo straniero che ottiene la naturalizzazione imperfetta è detto in Inghilterra *denizen*.

La prima è accordata con decreto reale in forma di lettere patenti, e pone la persona in una condizione intermedia tra lo straniero e il naturalizzato. Lo straniero secondo la legge inglese non à il godimento dei diritti civili come il cittadino: esso non può, per esempio, acquistare terre, nè può ereditare o trasmettere e non gode molti altri diritti; in virtù della naturalizzazione imperfetta è ammesso al godimento di quasi tutti i diritti civili come il nazionale e di certi diritti politici. Egli può votare per l'elezione dei membri della Camera dei comuni, qualora riunisca le altre condizioni richieste a questo effetto. Egli però non può essere membro dell'una o dell'altra Camera, e molto meno del Consiglio privato, nè ottenere alcun ufficio civile o militare o ricevere alcuna dotazione dalla Corona. La naturalizzazione imperfetta non fa perdere la nazionalità d'origine, e può essere domandata e concessa a tempo e per l'esercizio di alcuni diritti speciali. Le lettere patenti con cui la si concede determinano la sua durata e specificano i diritti e i privilegi accordati. Notiamo che la concessione non è retroattiva e perciò essa non conferisce il diritto di trasmettere che in favore dei figli nati dopo essere stato naturalizzato e questi solamente ereditano ad esclusione dei figli nati anteriormente. Lo stesso naturalizzato non può ereditare i beni di suo padre perchè essendo suo padre straniero non può trasmettere per successione.

La naturalizzazione semplice dopo lo Statuto 7 e 8 Vittoria, c. 86, che à modificato l'antica legislazione, si concede mediante un certificato rilasciato dal segretario di Stato dopo la prestazione del giuramento. Essa assimila lo straniero al cittadino inglese pel godimento di tutti i diritti civili e politici, eccetto il diritto di sedere nel Parlamento e di essere nominato membro del Consiglio

privato. Essa differisce dalla naturalizzazione imperfetta perchè à effetto retroattivo e non può essere accordata per un tempo limitato. Le condizioni per potere ottenere il certificato di naturalizzazione sono contenute nell' art. 6 dello Statuto 7 e 8 Vittoria.

La naturalizzazione poi per statuto particolare approvato dalle due Camere è quella che assimila completamente lo straniero al cittadino inglese. Prima dello statuto citato, lo Statuto 1 Giorgio I, c. 4, che regolava la naturalizzazione degli stranieri disponeva che nessun *bill* di naturalizzazione poteva essere presentato alla Camera legislativa se non a condizione che fosse espressamente dichiarato che il naturalizzato non diverrebbe per ciò capace di essere nominato membro del Consiglio privato o del Parlamento. Tale disposizione è stata abrogata dall' art. 2 dello Statuto 7 e 8 Vittoria, e oggi non è necessario d' inserire nel *bill* di naturalizzazione quelle proibizioni a meno che non sieno ordinate espressamente dalla stessa Camera legislativa.[1]

Nella legislazione inglese troviamo che a diverse epoche la naturalizzazione è stata conferita in virtù di statuti generali. Così, per esempio, durante il regno di Giorgio II e Giorgio III, per incoraggiare gli stranieri ad entrare nel servizio militare e marittimo della Gran Bretagna e per popolare le colonie, fu stabilito che qualunque straniero che a tempo di guerra avesse servito per due anni a bordo di una nave inglese era naturalizzato di diritto colla semplice prestazione del giuramento: che qualunque protestante avesse risieduto per sette anni in una colonia inglese era altresì naturalizzato.

63. Il codice civile italiano (*art. 10*) ammette due

[1] Per le maggiori particolarità e per le forme speciali vedi Le Baron, *Recueil de la jurisprudence anglaise*, chap. XII e XIII; Westoby, *Législation anglaise*, chap. III; Westlake, *Conflict of Law*, chap. 2, § 2.

forme di naturalizzazione, quella per legge cioè e quella per decreto reale. Prima della pubblicazione del Codice avvenuta con decreto del 25 giugno 1865, la naturalizzazione era regolata dalle legislazioni vigenti nei diversi Stati in cui era divisa l'Italia. Le quali ammettevano pure la naturalizzazione per decreto reale. Dopo la pubblicazione del Codice, che à concesso agli stranieri il godimento dei diritti civili attribuiti ai cittadini (*art. 3*), potrebbe dubitarsi che la naturalizzazione per decreto reale non abbia ragione di essere se non nei casi in cui il richiedente sia un italiano appartenente ad una di quelle provincie non soggette alla Corona d'Italia. Ma bene esaminata la cosa si può sostenere un' opinione contraria.

L'articolo 3 del nostro Codice à concesso agli stranieri il godimento dei diritti civili propriamente detti: quindi lo straniero in Italia, indipendentemente dai trattati e dalla reciprocità, può accettare, trasmettere o acquistare la proprietà mobile ed immobile, può ereditare, ipotecare, prescrivere, contrattare, può stare in giudizio, può far da testimone in un testamento e simili. Ma l'articolo 3 non à conferito agli stranieri nè i diritti politici propriamente detti, nè il godimento di quei diritti pei quali si richiede la qualità di cittadino. Perciò lo straniero non solo non à l'elettorato politico, ma non può essere milite della guardia nazionale, non può essere capitano di un legno mercantile italiano, non può pubblicare un giornale, non può entrare nell'amministrazione comunale e provinciale, non può essere ammesso alle cariche civili e militari, e non può godere di tutti quei diritti pei quali le leggi richiedono la qualità di cittadino.

La naturalizzazione per legge è richiesta specificatamente per l' esercizio di taluni diritti politici come

quello dell' elettorato politico[1] e del giurato,[2] ma per l'esercizio di tutti gli altri diritti, basta la naturalizzazione per decreto reale. Noi dunque conchiudiamo che anche dopo la pubblicazione del codice, la naturalizzazione per legge conferisce allo straniero tutti i diritti politici, non escluso l'elettorato politico e la giuria, e che quella per decreto reale gli conferisce l'esercizio di tutti quei diritti politici o pubblici pei quali non è richiesto specificatamente la naturalizzazione per legge.

64. Questa opinione è basata sul parere del Consiglio di Stato emanato il 6 febbraio 1866 in seguito al quesito proposto dal Ministero dell' interno e formulato nel seguente modo:

« Veduta la relazione del Ministero dell' interno,
» 9 gennaio 1866:

» Riveduto il parere dato dalla sezione di giustizia
» in adunanza del 3 dicembre 1864 sulla domanda di
» naturalizzazione di N. N.; udito il relatore:

» Ritenuto che l'articolo 3 del Codice civile, di-
» chiarando che lo straniero è ammesso a godere dei
» diritti civili attribuiti ai cittadini, mantiene per ciò
» stesso una distinzione di stato fra quelli e questi e in
» altri termini non ha fatto che tutti gli stranieri sieno
» diventati cittadini. Che ciò risulta tanto più evidente-
» mente a fronte degli articoli 9 e 10 dove sono chia-
» ramente indicati i soli mezzi per diventare cittadino
» per chi non è nato nello Stato, nelle condizioni pre-
» viste dall' articolo 8. Che queste condizioni sono per la
» donna il matrimonio con un cittadino e la naturaliz-
» zazione, e per un uomo non sono che la naturaliz-
» zazione. Che perciò il Codice civile nulla immutò
» nelle antiche legislazioni d' Italia in ordine alla neces-

[1] Legge del 17 dicembre 1860, nº 4513.

[2] Legge organica giudiziaria, 6 dicembre 1865, nº 2626.

» sità della naturalizzazione. Che quanto alla forma di
» essa il citato articolo 10 dice soltanto che è concessa
» per legge o per decreto reale. Che perciò pare do-
» versi ammettere il decreto reale ogni qualvolta non
» è prevista una legge. Che gli ordinamenti vigenti
» non richiedono una legge se non per conferire l'elet-
» torato politico a persone estranee all'Italia. Che per
» conseguenza basta un decreto reale in tutti gli altri
» casi in cui non si voglia dare l'elettorato politico, o si
» tratti di conferirlo a non soggetti alla corona d'Italia.
» Che quindi non occorre fare altra distinzione di forme
» e di casi, bastando che si sappia che la naturalizzazione
» concessa per legge attribuisce tutti i diritti civili e
» politici compreso lo elettorato politico, e che con-
» cessa per decreto reale abbraccia tutti i diritti anche
» politici ad eccezione soltanto di quell'elettorato il quale
» però vi sarà pure compreso di pieno diritto quando un
» concessionario sia un italiano. Che quando si faces-
» sero decreti limitati alla concessione di una parte dei
» diritti compresi nella naturalità, o concedendo que-
» sta si dichiarasse eccettuato alcuno fra i diritti che
» essa naturalmente comprende, si correrebbe il rischio
» di commettere un'illegalità non vedendosi che la legge
» ammetta naturalizzazioni dimezzate. Che neppure po-
» trebbero essere regolari ed opportune altre distin-
» zioni di forma, spettando ai tribunali di esaminare e
» decidere quali sieno i diritti che il decreto concede
» in ragione dell'origine delle persone, che spetta pure
» ad essi stabilire, se cioè siano o non siano italiani,
» non potendo un'enunciazione fatta nel decreto esclu-
» dere a tal riguardo una discussione giudiziaria

» sono di parere

» Che il codice civile italiano nulla abbia innovato circa
» alla concessione della cittadinanza. Che perciò il de-

» creto di naturalizzazione sia sufficiente come per lo
» passato per acquistarla. Che la forma dei decreti reali
» debba essere quella di una semplice concessione di
» naturalizzazione senza indicazione dei diritti che il
» concessionario potrà esercitare. Che quando si tratti
» d'italiani non soggetti alla Corona d'Italia possa
» esprimersi che essi esposero di essere italiani, e chie-
» sero la naturalizzazione a questo titolo, cosicchè ri-
» manga libera la decisione dei tribunali su questo fatto
» in caso di contestazione. »

Abbiamo stimato utile di riportare per disteso il parere del Consiglio di Stato perchè esso formula tutta la dottrina consacrata nella nostra legislazione in materia di naturalizzazione.

*65. Senza diffonderci ad esporre ciò che è disposto dalle altre legislazioni, passiamo a discorrere della speciale naturalizzazione, che è l'effetto della separazione di una parte del territorio di uno Stato, e della sua unione ad un altro Stato. Questa è regolata dal diritto pubblico più che dal diritto privato, e deriva, non già dall'occupazione militare di un paese per un tempo più o meno lungo, ma dalla cessione liberamente acconsentita con un trattato internazionale. Noi abbiamo diversi esempi di questa naturalizzazione collettiva. Gli abitanti dei paesi del nord dell'Africa sono divenuti francesi in conseguenza della riunione dell'Algeria alla Francia, espressamente pronunziata dall'articolo 109 della costituzione del 4 novembre 1848, che à dichiarato il territorio dell'Algeria territorio francese. Come per contrario gli abitanti delle provincie incorporate alla Francia dopo il 1791, e separate pel trattato del 1814, ritornarono sotto certe condizioni ad essere stranieri.

Nel regno d'Italia noi abbiamo avuto un esempio

di separazione di una parte di territorio che à mutato la condizione dei cittadini originarii. Col trattato del 24 marzo 1860 stipulato tra la Francia e l'Italia la provincia di Savoia ed il circondario di Nizza furono ceduti alla Francia, e nell' articolo 6 fu stipulato: « I sudditi sardi originarii della Savoia e del circonda» rio di Nizza o domiciliati attualmente in dette pro» vincie che vorranno conservare la nazionalità sarda » godranno, durante lo spazio di un anno a contare » dallo scambio delle ratifiche, la facoltà di trasportare e » fissare il loro domicilio in Italia, nel qual caso saranno » considerati come cittadini sardi. » Le norme per l'applicazione del citato articolo furono stabilite con decreto del 4 agosto 1860: e quelli che non si uniformarono alle condizioni richieste per conservare la loro nazionalità d' origine sono divenuti oggi sudditi francesi.

Fortunatamente noi abbiamo anche un esempio di riunione di provincie che à aggiunto alla patria comune un buon numero di cittadini che erano considerati in Italia come stranieri. Noi intendiamo parlare delle provincie annesse col trattato di Zurigo 10 novembre 1859, e coll' ultimo di Vienna del 3 ottobre 1866, dei quali l'articolo 12 del primo e l'articolo 14 del secondo determinano la condizione dei domiciliati nelle provincie annesse.

66. Avendo esposto le norme generali con le quali si può mutare la nazionalità di origine ed acquistarne una nuova, stimiamo opportuno di proporre una quistione interessante nel nostro sistema. La naturalizzazione del marito o del padre importa la naturalizzazione della moglie e dei figli minori? La quistione è gravissima, e noi troviamo discordi i giurisperiti e le disposizioni di diritto positivo. Essa fu vivamente e dottamente agitata in Francia a proposito della discus-

sione dell'articolo 214 innanzi al Consiglio di Stato, il quale nel progetto conteneva un secondo comma così concepito: *Si le mari voulait quitter le sol de la République il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le gouvernement d'une mission à l'étranger exigeant résidence.* Questo comma fu soppresso perchè si riconobbe che l'obbligo della donna è assoluto e non deve subire alcuna modificazione. Però Reynauld de Saint-Jean d'Angely dichiarò nel tempo stesso che, benchè il marito non possa essere costretto a separarsi dalla moglie quando debba allontanarsi dalla patria, pure non à il diritto di rendere la sua moglie straniera.[1]

Noi non intendiamo discutere la quistione se la moglie che, salvo il caso di separazione, deve avere il domicilio del marito, sia obbligata a seguirlo anche in territorio straniero. Ciò più che a noi appartiene ai civilisti. Alcuni, tra i quali il Pothier,[2] sostengono che all'obbligo della moglie di seguire il marito dovunque si deve fare l'eccezione, purchè non si tratti in paese straniero. Noi opiniamo che se la donna deve molto al marito, deve pur molto alla patria, e che spetta ai tribunali di esaminare le circostanze e decidere se possa autorizzarsi una separazione. La quistione per noi è se la naturalizzazione del marito importi la naturalizzazione della moglie in modo che essa diventi *ipso jure, ipsoque facto* straniera. Parecchi giureconsulti ammettono l'affermativa,[3] e questa opinione fu pure propugnata in una serie di articoli inseriti nella Rivista di

[1] Locré, *Legislat.*, v. IV, p. 393, articolo 2.

[2] Pothier, *Puissance maritale*, nº 1.

[3] Proudhon, t. I, p. 452; Mailher; De Chassat, nº 193; Foelix, *Droit inter. privé*, nº 40; *Revue pratique de droit français*, par M. Varambon, 1859, t. VIII.

diritto francese. A noi però pare meglio sostenere la negativa.

La naturalizzazione è subordinata ad alcune condizioni, che deve personalmente adempiere l'individuo che vi aspira: ed è l'effetto di un contratto libero tra la nazione e la persona che si obbliga. L'adempimento delle condizioni richieste è personale ed incomunicabile, e dipende sempre dalla libera volontà dell'individuo. Per quanto estesa si voglia considerare l'autorità maritale, essa non dà al marito il diritto di supplire colla sua alla volontà della moglie, e per quanto sottomessa si voglia supporre la moglie, a noi non pare che le si possa imporre il sacrifizio del suo stato e della sua nazionalità. Nè vale il dire che pel fatto del matrimonio il cambiamento di nazionalità risulta per sola forza della legge ed indipendentemente da qualunque fatto dell'individuo: perchè quantunque esso sia necessario non cessa dall'essere volontario, nel senso cioè che la donna à in suo potere di porre o non porre in essere il fatto da cui tale cambiamento dipende. Quando una donna si marita ad uno straniero, sa che col matrimonio diventa straniera, e implicitamente acconsente a rinunciare alla propria nazionalità ed acquistare quella del marito. Ma quando si marita ad un suo concittadino nè rinuncia, nè potrebbe prevedere che suo marito la possa costringere a rinunciare alla patria. A qual titolo dunque si vorrà far dipendere il suo stato dall'arbitrio del marito?

Allorchè nel Consiglio di Stato francese si discusse l'art. 19: *Une femme française qui épousera un étranger suivra la condition de son mari*, Portalis domandò che si aggiungesse una disposizione destinata a salvaguardia dei diritti della donna il cui marito venisse a perdere la qualità di francese. Questa proposta non fu

presa in considerazione, perchè il primo console osservò che vi è una grande differenza fra una francese che sposa uno straniero, e una francese che, avendo sposato un francese, segue suo marito allorchè espatria. La prima rinuncia volontariamente ai suoi diritti, mentre la seconda non fa che adempiere ad un dovere. Questa osservazione comprende la dottrina che noi accettiamo.[1] La moglie dello straniero naturalizzato non dovrebbe poter invocare il beneficio della nazionalità del marito che essa non à personalmente acquistato, nello stesso modo che non può patire la perdita della nazionalità di origine quando non vi abbia personalmente rinunciato.

67. Le disposizioni della legge italiana sono contrarie alla nostra opinione L'*articolo 11, comma 4, cod. civ.*, dispone: « la moglie di colui che à perduto la cittadinanza diventa straniera, salvo che abbia continuato » a tenere la sua residenza nel regno: » e l'*articolo 10, comma 4:* « la moglie dello straniero che à ottenuto la » cittadinanza diviene cittadina, semprechè abbia fissata » la sua residenza nel regno. » Se con tali disposizioni il nostro legislatore à voluto stabilire che la nazionalità della donna possa indipendentemente dal suo concorso essere mutata ad arbitrio del marito, in modo che questi possa disporre di una qualità essenzialmente personale, avrebbe esagerata la potestà del marito con pregiudizio della donna. Se poi à voluto lasciare nella balìa della donna di seguire o non seguire il marito nella sua residenza all'estero, la disposizione sarebbe giustificabile, ma in tal caso l'obbligo della moglie di seguire

[1] Vedi Duranton, I, 189; Vallette, *Sur Proudhon*, I, p. 126; Demolombe, nº 1, 175; Demangeat, nota al nº 40 di Foelix; Legat, *Codes des étrangers*, p. 54 e 402. Blondeau. *Revue de droit français*, 1845, II, p. 141.

il marito dovunque, come dispone l'*articolo 131*, bisognerà intenderlo con l' eccezione, purchè non si tratti in paese straniero.

68. Cogli stessi principii noi dobbiamo risolvere la quistione se la naturalizzazione del padre importi seco la naturalizzazione dei figli minori già nati. È certo che lo stato del figlio al momento della sua nascita è determinato da quello di suo padre; ma da ciò non siegue che ogni cangiamento di stato che si operi nella persona del padre debba reagire sulla persona del figlio e che il padre, naturalizzandosi all' estero, renda stranieri i figli minori già nati. L' acquisto della nuova nazionalità è un contratto personale; or se i figli minori non ànno agli occhi della legge volontà per la formazione di un sì importante contratto, a qual titolo si può ammettere il padre a rinunziare per essi alla loro nazionalità di origine?

Questa dottrina noi la troviamo anche presso i romani. I peregrini, che ottenevano la cittadinanza, l'acquistavano per essi solamente, a menochè non avessero domandato il diritto di città per loro e la loro famiglia.[1] Nell' antica legislazione francese prevalse lo stesso principio.[2] Nel Belgio la legge del 27 settembre 1835 concesse al figlio minore di uno straniero naturalizzato la facoltà di naturalizzarsi facendo la dichiarazione entro l' anno della sua maggiore età. Le decisioni poi dei tribunali ànno più esplicitamente sanzionato lo stesso principio: *Attendu qu'il est de principe que la naturalisation confère un droit purement individuel, et que le père ne peut par ce moyen disposer de la nationalité de ses enfans, laquelle est fixée au moment de leur nais-*

[1] Gaii, *Istit. Comm.*, 1, § 93, e seg.
[2] Pothier, *Des personnes*, parte 1ª, tit. 2, sez. 3.

sanoe.[1] E tale è pure la dottrina dei nostri giureconsulti.

Il Rocco così si esprime: « La perdita della cittadinanza supponendo impreteribilmente una volontà » esplicita o implicita, questa mai si potrebbe rinvenire » nel figlio di famiglia minore di età.... E se tutto questo » è abbastanza chiaro dal lato dell'interesse del minore » non è meno evidente l'esigenza della ragion pubblica » della nazione cui egli appartiene. Deve forse dipen» dere dal volere del padre di diminuire alla patria il » numero dei cittadini?... Sicchè possiamo tenere ed » affermare che la nazionalità del figlio minore per » essere un diritto al tutto inerente alla persona sia » indipendente dal volere del padre per urgenti ragioni » di privato e di pubblico interesse. »[2]

Basato su questi principii noi troviamo un real rescritto del re di Napoli del 5 luglio 1842: « Ad occa» sione di servizio militare per ragione di leva si è » dubitato se i figli nati in regno da estero dipoi natu» ralizzato sieno o pur no da ritenersi naturalizzati an» ch'essi qualunque fosse il loro stato civile, cioè di età » minore, di emancipato o di maggiore. Rassegnato a » S. M. l'esposto dubbio nel Consiglio ordinario di » Stato, S. M. ha considerato che secondo i principii » delle vigenti leggi civili, il figlio à la nazionalità che » al padre si appartiene nel momento della sua nascita, » *che la nazionalità è un diritto inerente alla persona* » *indipendentemente dalle relazioni di famiglia,* e che di » tale diritto niun'altro che la persona stessa può di» sporre e quando ne abbia la capacità civile. E perciò » uniformemente allo avviso della Consulta generale del

[1] C. C. Belge, ch. *Crim. ref.*, 5 juillet 1842.
[2] Rocco, *Diritto civile internazionale*, part. 1, cap. XVI.

» regno si è degnato dichiarare che il figlio nato nel
» regno da uno straniero è straniero, e *che la poste-*
» *riore naturalizzazione del padre non tragga seco*
» *la necessaria naturalizzazione del figlio*, il quale
» continua a rimanere straniero finchè nei modi e nelle
» forme prescritte dalle leggi e dai vigenti regolamenti
» non consegua la naturalizzazione. »

69. Le disposizioni del nostro Cod. civ. sono contrarie ai principii da noi accettati. L'*art. 11, comma 4*, dispone: « I figli minori di colui che à perduta la citta-
» dinanza divengono stranieri salvo che abbiano conti-
» nuato a tenere la loro residenza nel regno »; e l'*art. 10, comma 4:* « i figli minori dello straniero che à ottenuto
» la cittadinanza divengono cittadini semprechè abbiano
» anch'essi fissata la loro residenza nel regno. » Queste disposizioni non solo contradicono la nostra teoria, ma sono contrarie alla giurisprudenza e alla legislazione francese. La legge del 7 febbr. 1851, *art. 2*, stabilisce che i figli minori dello straniero naturalizzato in Francia non acquistano di pieno diritto la qualità di francese per forza della naturalizzazione del loro padre, ma giunti alla maggiorennità possono acquistare la qualità di franeese per applicazione dell'articolo 9 del Codice Napoleone. Quindi con più ragione non diventano stranieri i figli minori di un francese naturalizzato all'estero. Prima della pubblicazione della legge questa era l'opinione della maggioranza degli scrittori francesi sanzionata dalla Corte imperiale di Grenoble la quale decise: *Attendu que dans la supposition que Perragaux père aurait acquis la qualité de citoyen français il n'a pu la transmettre à son fils; la naturalisation étant un droit purement personnel et non transmissible....*[1]

[1] Grenoble, 16 dicembre 1828.

Dopo la legge del 1851, le Corti e la Cassazione di Parigi[1] ànno confermato con più ragione la massima, perchè la citata legge dispone implicitamente che i figli minori del francese che si naturalizza all'estero continuano ad esser francesi, finchè, giunti alla maggiorennità, non dichiarino di volere seguire la condizione del padre.

Quale sarà dunque la condizione dei figli minori di un francese che si naturalizza in Italia? Essi saranno francesi innanzi alla legge francese, ed italiani innanzi alla legge nostra: come i figli minori dell'italiano che si naturalizza in Francia, saranno stranieri per noi senza essere francesi in Francia. Ci si potrebbe dire che il nostro legislatore à voluto evitare l'inconveniente che nella stessa famiglia la condizione di quelli nati dopo la naturalizzazione e di quelli nati prima fosse diversa. Ma se gl'inconvenienti non si possono evitare è meglio attenersi ai veri principii, anzichè concedere al padre la facoltà di alienare la nazionalità dei figli e rendere possibili inconvenienti maggiori.

70. L'applicazione dell'art. 6 del trattato stipulato fra la Francia e la Sardegna il 24 marzo 1860, per la cessione di Nizza e di Savoia à dato luogo ad una delicatissima quistione che à molta analogia con quella testè discussa. Il citato articolo concesse la facoltà agli originarii e domiciliati nelle provincie cedute di conservare la cittadinanza sarda facendone la dichiarazione e trasportando il domicilio nelle province sarde entro l'anno a contare dalla ratifica. Si è disputato se i mi-

[1] Grenoble, 16 dicembre 1858; Paris, 23 giugno 1859; Cassaz., 5 maggio 1862; Confr. Duranton, 1, 120; Magnin, *Minorité*, 1, 3; Richelot, 1, 71; Legat, p. 11; Aubry e Rau, *Sur Zaccaria*, § 72; Demolombe, 175; Demante, t. I, nº 56 bis; Dalloz, *Jurisprudence génér.*, voce *Droit civil*, nº 114.

nori potessero validamente esercitare il diritto di scelta col consenso del padre nell' anno dalla ratifica, se l' anno dovesse decorrere in loro favore a contare dalla maggiorennità, o se invece fossero divenuti francesi pel solo fatto che il loro padre abbia conservato il suo domicilio nelle provincie cedute e pel principio generale che il minore siegue la condizione del padre.

Il primo fatto che sollevò la discussione fu il seguente: Giovanni Rostainy minore di anni 20 dichiarò innanzi al console sardo, 11 gennaio 1861, di volere conservare la nazionalità italiana, fissò il suo domicilio a Torino col consenso e autorizzazione di suo padre e prese servizio nell' esercito italiano. L' 11 giugno 1862, posteriormente alla sua maggiorennità, rinnovò la dichiarazione di essere cittadino italiano. Iscritto nella lista per la leva del 1862 nel suo paese, malgrado le sue proteste di essere italiano, il sindaco estrasse per lui il numero 79, e il prefetto di Savoia lo citò innanzi al tribunale civile per far pronunciare che egli era cittadino francese. Il tribunale di Saint-Jean de Maurienne, considerando che il trattato non avea fatto distinzione tra maggiori e minori; che l'intenzione delle parti contraenti era stata di non imporre ad alcuno la nazionalità francese; che quand' anche il minore fosse incapace a fare alcun atto civile, la sua incapacità è relativa e tale che non possa valere contro di lui; che egli solo poteva disporre della sua nazionalità e che colla dichiarazione fatta dopo giunto alla maggiorennità era pienamente confermata ratificata e validata quella fatta mentre era minore, dichiarò che il signor Rostainy era cittadino italiano. Il prefetto appellò, e la Corte di Chambéry riformò la sentenza e lo dichiarò cittadino francese, per le considerazioni che il termine di un anno entro cui dovea farsi la dichiarazione era perentorio; che tale facoltà non poteva

appartenere ai minori i quali, non potendo avere altro domicilio che quello del padre, sono inabili a scegliersi una patria; che il diritto di scelta pel minore deve confondersi con quello del padre suo rappresentante legale; che per le ragioni di alti interessi, pei quali si dà pronta esecuzione ai trattati politici, non si può ammettere che il minore savoiardo possa esercitare il diritto di opzione alla sua maggiore età. (Decis. 22 dic. 1862.) La stessa opinione è stata sanzionata dalla Corte d' Aix il 17 maggio 1865.

Noi non esitiamo a dichiarare tali decisioni contrarie ai principii scientifici e agli stessi antecedenti della giurisprudenza francese,[1] tanto più che il Dalloz stesso saggiamente le critica.

Per noi è impossibile ammettere che il padre in virtù della patria potestà, o alcun altro rappresentante legale, possa avere diritto di disporre della nazionalità del minore. La stessa legge francese distingue espressamente la condizione del figlio minore da quella del padre; e per la nazionalità assimila il minore dello straniero naturalizzato in Francia al figlio nato in Francia da uno straniero, ammettendolo a reclamare la qualità di francese acquistata da suo padre entro l' anno dalla maggiore età (art. 2, legge 7 feb. 1851). Se dunque la naturalizzazione del padre non importa di pieno diritto quella del figlio minore, perchè la Corte di Chambery à voluto confondere due cose legalmente distinte dalla stessa legge francese? Che se poi entriamo nello spirito dell' art. 6 del trattato del 24 marzo è facile il dimostrare che con quella disposizione le Alte Parti contraenti vollero rispettare i diritti acquisiti e gl' interessi degli abi-

[1] Grenoble, 18 fev. 1851; Douai, 17 janv. 1848. Vedi Coin-Delisle, *articoli* 9 e 10, n° 17.

tanti delle provincie per non imporre la nazionalità ad alcuno. Avendo voluto dunque concedere un favore, nessuna persona può essere eccettuata, molto meno i minori che devono godere a preferenza il favore della legge. La teoria della Corte di Chambéry, come riflette il Dalloz, consacra un principio che nessuno vorrà giustificare, che cioè l'impotenza legale ad esercitare un diritto possa portare la perdita del godimento del diritto stesso. O il diritto di scelta del minore deve confondersi con quello del padre o del tutore, e si ammetterebbe che l'interesse del minore possa essere offeso dall'arbitrio o dall'incuria del padre o del tutore, quindi il trattato lo avrebbe privato di un diritto, solo perchè la legge civile non glie ne permetteva l'esercizio: o il diritto dei minori savoiardi deve essere rispettato, e si deve ammettere in loro favore la scelta entro l'anno dall'età maggiore.[1]

CAPITOLO IV.

Dell'assenza.

71. — Carattere giuridico dell'assenza. — 72. Luogo in cui dev'essere dichiarata l'assenza. — 73. Opinione del Rocco e dei seguaci del sistema degli statuti circa la legge che deve regolare gli effetti giuridici dell'assenza. — 74. Sua critica. — 75. Inconvenienti pratici. — 76. Contradizione manifesta del sistema che combattiamo. — 77. Opinione nostra.

71. La condizione giuridica dell'assente, di colui cioè che cessò dal comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o della sua residenza, senza che se ne abbiano

[1] Dalloz, *Jurisprudence génér.*, anno 1865, p. 97 part. 2.

più novelle, è una notabile mutazione di stato da cui derivano importanti conseguenze giuridiche. Tutte le legislazioni positive contemplano la condizione dell' assente nell' interesse stesso della persona che à cessato di comparire, la quale à bisogno dell' assistenza e della protezione della legge: nell' interesse dei terzi che possono avere diritti sui beni dell' assente; e nell' interesse della società, secondo il quale è necessario che i beni non restino a lungo senza possessore e senza padrone, e che il corso regolare della loro trasmissione non sia interrotto a tempo indeterminato. In tutte le legislaslazioni perciò il sistema dell' assenza è diviso in due periodi distinti e presso a poco soggetto alla seguente progressione. Presunzione di assenza: dichiarazione di assenza: effetti dell' assenza in rapporto ai beni dell' assente, in rapporto ai diritti eventuali che possono competere all' assente, in rapporto alla condizione dei figli minori e del conjuge: ultimo termine di presunzione dell' esistenza dell' assente.

* 72. È certo che l' assenza non può essere dichiarata che nel luogo dell' ultimo domicilio o dell' ultima residenza, perchè ivi solamente si possono raccogliere le prove e valutare le cause più o meno probabili dell' allontanamento e della mancanza di notizie. È certo altresì che la dichiarazione di assenza dev' essere riconosciuta dovunque, perchè essa costituisce lo stato e la condizione giuridica dell' individuo. Ma quale sarà la legge che dovrà regolare tale condizione e tutti gli effetti che da essa possono derivare? Essendo l' assenza una qualificazione giuridica, dev' essere regolata dalla legge personale di ciascuno, e dev' essere riconosciuta dovunque.

73. La divergenza di opinioni comincia nel determinare se le conseguenze che derivano dalla dichiarazione

d'assenza rispetto ai beni appartenenti all'assente, debbano essere regolate egualmente dalla legge personale o dalla legge del luogo in cui i beni si trovano. Quegli scrittori che distinguono gli statuti in personali e reali ànno voluto nelle disposizioni relative all'assenza, distinguere la personalità e la realità e così ànno complicata e confusa la quistione. « Il fatto dell'assenza (dice » il Rocco) à un'intima attinenza con lo stato della per» sona e però rientra sotto la signoria della legge per» sonale, ma per gli effetti reali che sieguono dall'as» senza deve primeggiare la *lex rei sitæ* » perciò « pel » possesso provvisorio dei beni dell'assente, per sapere » a chi quello debba concedersi, e dopo quanto tempo » dall'assenza, e come regolare l'amministrazione dei » beni, se esigendo o no alcuna cauzione, e per quanto » tempo duratura la cauzione stessa, e come ripartire » i frutti nel caso che ricomparisca l'assente, ed intorno » ad altrettali cose, tutto dipende dalla legge della cosa » sita, e però si debba fare la distinzione dei beni mo» bili e dei beni immobili. Insomma dopochè l'autorità » del domicilio avrà proclamato l'assenza, cadauno altro » Stato in ordine ai beni siti nella cerchia del proprio » paese applicherà gli effetti giuridici dell'assenza con» forme all'esigenze delle leggi territoriali.[1] »

74. Noi non esitiamo a rigettare questa opinione. Infatti il complesso delle disposizioni che si riferiscono all'assenza formano un sistema unico ed indivisibile, basato sulla presunzione della vita o della morte dell'assente stesso. Tale sistema non può sgregarsi nelle sue parti; nè dei singoli rapporti si può giudicare con criterii diversi, considerandoli come fatti isolati e senza connessione, senza scindere l'unità del principio col quale

[1] Rocco, op. cit., parte 3ª, cap. XXVIII.

l'assenza è organata da ciascuna legislazione. Se tutte le disposizioni, che derivano dalla presunzione di assenza, sono ordinate a tutelare gl' interessi dell' assente e quelli della sua famiglia, qual legge può essere a ciò competente se non quella sotto cui essi civilmente vivono, e da cui ànno diritto di essere protetti? Quale interesse può avere il sovrano territoriale a regolare i rapporti di una famiglia straniera e la trasmissione del patrimonio familiare? Se tutto dipende dalla vita o dalla morte, come si potrà ammettere che la presunzione di morte sia regolata da una legge, e le conseguenze giuridiche da un'altra legge? Noi non possiamo giustificare la teoria del Rocco, e opiniamo che tutto deve dipendere dalla legge nazionale, la durata del possesso provvisorio: la cauzione: la dilazione necessaria pel possesso definitivo: l'apertura del testamento: i diritti degli eredi testamentarii in concorrenza degli eredi legittimi e tutti gli altri effetti.

75. Gli inconvenienti pratici che derivano dal sistema che combattiamo si potranno apprezzare meglio esaminandolo nella sua applicazione. Le disposizioni di diritto positivo circa il tempo entro cui si può domandare la dichiarazione di assenza, e quindi il possesso provvisorio, e la presunzione o dichiarazione di morte, e quindi il possesso definitivo sono diverse. La nostra legge (*art. 22*) stabilisce: Dopo 3 anni continui di assenza presunta, e dopo 6, ove l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare, gl' interessati possono domandare al tribunale che l'assenza sia dichiarata. Il Codice francese (*art. 115*) stabilisce 4 anni. Il Codice olandese richiede 5 anni, se l'assente non lasciò un procuratore (*art. 523*), e 10 anni, se lasciò un procuratore (*art. 526*). Il Codice prussiano (*art. 82*) stabilisce che la dichiarazione di morte può essere provocata dal più prossimo parente,

o dal tutore dell'assente, se sono passati 10 anni dal tempo in cui si ebbero le ultime novelle. Il Codice austriaco à le seguenti disposizioni. Un assente non può essere reputato morto che nei seguenti casi: se egli à l' età di 80 anni e non se ne abbiano notizie per 10 anni a contare dall' epoca della scomparsa. Se non se ne ànno notizie per 30 anni. Se fu gravemente ferito in una battaglia o si sia trovato su di una nave che si sia perduta e non se ne abbiano notizie da 3 anni (*art. 24*). E si noti ancora che la procedura per ottenere la dichiarazione di assenza e la dichiarazione di morte è diversa, come è diverso pure l' ultimo termine in cui l' uomo si presume vivo.

Ora quali saranno le conseguenze della dichiarazione di assenza di un italiano se questi possedesse i suoi beni parte in Italia e parte in Austria? Secondo il sistema degli avversarii, gli eredi presuntivi o testamentarii non potranno ottenere il possesso provvisorio, nè il possesso definitivo per i beni esistenti in Austria, se non quando sieno compiute le forme di procedura stabilite dalla legge austriaca, la quale è molto diversa dalla nostra.

La legge austriaca, per esempio, non ammette il possesso provvisorio, e perciò gli eredi italiani non potranno averlo per i beni esistenti in Austria; i quali saranno amministrati da un curatore secondo stabilisce il Codice austriaco (*art. 277*). Ora se il sistema dell' assenza è ordinato a tutelare l' interesse del cittadino e della sua famiglia, perchè si deve applicare agli stranieri? La legge austriaca non è certamente chiamata a provvedere al regime del patrimonio familiare ed alla amministrazione economica dei beni appartenenti agl' italiani.

Secondo il Codice austriaco, al possesso definitivo

deve precedere una dichiarazione di morte (*art. 277*): il nostro Codice non ammette la dichiarazione di morte esplicita, ma considera l'assente come un uomo la cui esistenza non è riconosciuta. Gli effetti circa il possesso definitivo sono sotto un certo rispetto identici, perchè sì la legge nostra che l'austriaca lo concedono dopo la dilazione di 30 anni. Però il Codice austriaco ammette che la dichiarazione di morte si può provocare dopo 3 anni, quando la persona di cui non si ànno notizie sia stata gravemente ferita in battaglia: presso noi non vige simile disposizione. Può perciò accadere che un individuo italiano, ferito in battaglia, dopo 3 anni di assenza sia dichiarato morto innanzi alla legge austriaca per i beni che possiede in Austria, mentre sarebbe presunto vivo innanzi alla legge nostra. Questa contradizione manifesta che mette l'individuo nella condizione di essere vivo e morto ad un tempo, si può tanto meno giustificare in quantochè la legge sotto cui ciascuno civilmente vive è la sola da cui dipende determinare se esso deve riputarsi vivo o morto. Il magistrato austriaco che concedesse ad eredi italiani il possesso definitivo dei beni del defunto, prima del termine fissato dalla nostra legge, oltrepasserebbe i limiti della sua giurisdizione.

Aggiungeremo che secondo il Codice austriaco la dichiarazione di morte non spoglia l'assente dei diritti se non in confronto delle persone che la richiedono e per quei soli diritti che esse vogliono avocare; per tutti gli altri diritti l'assente è eguale ai presenti. Secondo la legge nostra (*art. 22*) niuno è ammesso a reclamare un diritto in nome di una persona di cui s'ignori l'esistenza se non si provi che la persona esisteva quando quel diritto è nato. Da questa diversità di disposizioni ne seguirebbe che un italiano dichiarato assente in Italia, mentre presso noi è considerato come un uomo

la di cui esistenza non è riconosciuta, sarebbe considerato presente in Austria fino alla dichiarazione di morte. Quindi se, prima che questa sia pronunziata, il padre di costui morisse *ab intestato* e lasciasse dei beni in Austria, il magistrato austriaco nominerebbe un curatore che dovrebbe accettare l'eredità paterna, e amministrarla finchè non fosse dichiarata la morte del figlio: e quando poi questa venisse dichiarata, mentre per la legge nostra la successione del figlio sarebbe devoluta a quelli coi quali egli avrebbe diritto di concorrere, cioè ai fratelli (*art. 43*), passerebbe invece per i beni situati in Austria, agli eredi del figlio, cioè ai fratelli ed alla madre.

Questi ed altri inconvenienti che turbano tutto il sistema col quale da ciascuna legislazione è organizzato il regime e la trasmissione del patrimonio familiare, scompariscono nel sistema da noi propugnato, il quale è più logico e scevro di contradizioni.

76. Notiamo prima di conchiudere un altro assurdo del sistema contrario. Volendo esso dare la preferenza alla *lex rei sitæ* ed ammettendo la nota distinzione tra beni mobili ed immobili, dei quali i primi son regolati dalla legge personale, i secondi da quella del luogo in cui sono situati, s'arriva alla conseguenza che la legge personale dell'assente deve regolare i diritti reali sui beni mobili. Da ciò si dedurrebbe che, dichiarato il figlio assente secondo la legge nostra, nel caso esposto, per i diritti di quelli che concorrono alla successione del padre *ab intestato*, sarebbe applicata la legge nostra per i beni mobili, perchè questi sieguono la condizione della persona e sono regolati dalla legge stessa che regola lo stato della persona. Quindi il figlio sarebbe assimilato ai presenti per i suoi diritti sugli immobili di suo padre esistenti in Austria, e morto poi per i suoi diritti sui beni mobili; e perciò innanzi alla stessa legge austriaca

l'individuo stesso sarebbe assente e presente, morto e vivo.

77. Per eliminare tutte queste contradizioni noi reputiamo meglio di far regolare tutto il sistema dell'assenza dalla stessa legge cui la persona è soggetta. Ciascun sovrano, secondo noi à diritto di tutelare gl'interessi dei suoi sudditi e delle loro famiglie anche sui beni che essi possiedono in territorio straniero, finchè nell'esercizio di questo diritto non offenda i diritti del sovrano territoriale. Se per esempio, s'elevasse la quistione se vi sia o no prescrizione sui beni dell'assente, noi ammettiamo che questa debba risolversi in conformità della *lex rei sitæ*, non in virtù della prevalenza dello statuto reale, ma pel principio generale che tutto quello che si riferisce al regime generale della proprietà deve essere regolato dalla sovranità territoriale, la quale à il diritto esclusivo, come dimostreremo a suo luogo, di conservare l'unità del regime fondiario e di tutelare l'organismo della proprietà a chiunque essa appartenga.

CAPITOLO V.

Della legge che deve regolare il matrimonio contratto in paese straniero.

78. Importanza del matrimonio e sua natura speciale. — 79. Tre opinioni degli scrittori circa la legge che deve regolare il matrimonio contratto in territorio straniero. — 80. Critica della prima opinione. — 81. Critica della seconda opinione. — 82. Opinione nostra. — 83. Risposta ad un'obiezione alla nostra teoria. — 84. Principio che deve regolare questa materia.

78. Il matrimonio è uno degli atti più solenni della vita civile da cui deriva la più notabile modificazione

di stato e che ha importanti conseguenze giuridiche. Il Portalis lo definì la società dell'uomo e della donna che si uniscono per perpetuare la loro specie, per aiutarsi con iscambievoli soccorsi a sopportare il peso della vita e dividere il loro destino comune.

Non volendo discutere sulla natura di questa istituzione, ci contentiamo di notare che quantunque certe legislazioni per nobilitarne il carattere ànno annesso all'obbligazione civile la sanzione religiosa, anzi ànno fatto dipendere le conseguenze giuridiche, che da essa derivano, dal contratto religioso, pure considerando la società coniugale nei suoi rapporti col diritto positivo, noi opiniamo che si possa scientificamente dimostrare che il contratto civile e religioso sono separabili, e che l'uno può sussistere senza dell'altro. La legge civile deve prescindere dalle credenze degl'individui, quindi la società di due persone di sesso diverso costituisce un matrimonio, quando riunisce in sè le condizioni alle quali la legge ne à subordinata l'esistenza.

Quello che noi ammettiamo si è che quantunque il matrimonio sia un contratto personale e consensuale, non si può confondere con gli altri contratti civili. L'interesse generale della società, e quello delle parti contraenti, della famiglia e della prole, esigono che esso sia considerato come un contratto *sui generis*. Ciascuna legge può adunque limitare l'arbitrio delle parti in conformità degl'interessi della società, degl'interessi delle stesse parti contraenti, di quelli della nuova famiglia che si forma, e dei terzi che possono avere rapporti con essa.

79. Noi dobbiamo occuparci del matrimonio celebrato in paese straniero considerandolo come atto dello stato civile. Sotto questo rispetto esso si dice pure un contratto, perchè la società coniugale si pone in essere

col consenso, ma è ben distinto dal contratto di matrimonio propriamente detto, da cui derivano i diritti dei coniugi sui loro beni, e di cui tratteremo a suo luogo.

Nel determinare la legge che deve regolare il matrimonio e i rapporti dei coniugi fra loro, dei coniugi colla prole, e tutti quelli compresi sotto il nome di rapporti di famiglia, gli scrittori ànno sostenuto tre diverse opinioni. La prima ammette che deve applicarsi la legge del domicilio matrimoniale, la seconda sostiene invece che si deve tener conto della legge cui si sono riferiti i contraenti, e la terza, applicando alla soluzione di tale quistione gli stessi principii che regolano tutte le altre quistioni di stato, vuole la preferenza esclusiva della legge nazionale dei contraenti.

80. La prima delle tre opinioni è tanto generalmente accettata che la si può dire una *communis opinio.* Il Bouhier, il Burgundio, il Boullenois, il Burge, lo Story, il Savigny, il Rocco[1] e molti altri la difendono senza quasi rendersene ragione, tanto a loro sembra incontrovertibile il principio. Tale fatto si spiega considerando come nei tempi in cui scrissero i grandi giureconsulti antichi, gli Stati erano divisi in anguste frazioni territoriali, e non vi poteva essere altro criterio per determinare i diritti dei coniugi ed i rapporti di famiglia che la legge del domicilio matrimoniale. Quando poi pel bisogno generalmente sentito di ordine e di unità legislativa furono fatti i codici moderni, la stessa teoria continuò a prevalere e per la costante tradizione scientifica e per la stessa vita giuridica degli Stati, i quali

[1] Bouhier, *Cout. de Bourg.*, ch. 22, § 18-28; Boullenois, *Observ.* 36; Burge, *Comment. on Colonial Law*, part 1ª, ch. 6, § 2; Story, *Conflict of Law*, chap. 6, § 189 a 194; Savigny, *Traité du Droit Rom.*, § 379; Rocco, parte 3ª, cap. XX.

considerandosi isolati non ammettevano nel proprio territorio l'applicazione di alcuna legge straniera. Nei tempi moderni però le condizioni sono mutate notabilmente e non possiamo accettare l'opinione dei giureconsulti antichi senza esaminarne il fondamento.

I suoi sostenitori invocano primieramente l'autorità del diritto romano riportando fra gli altri i seguenti testi: *Deductione enim opus esse in mariti non in uxoris domum quasi in domicilium matrimonii.*[1] — *Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, forum ex eorum persona statuimus et domicilia mutamus.*[2] — *Exigere dotem mulier debet illic ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est. Nec enim id genus contractus est ut potius eum locum spectari oporteat in quo instrumentum dotis factum est quam eum in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erit reditura.*[3] Questi testi non fanno al caso nostro: essi infatti non suppongono alcuna diversità nella legge che regola il matrimonio, e determinano solamente il luogo ed il modo di esercitare certi diritti e certi rapporti che derivano dal matrimonio. Per noi la quistione è del tutto diversa e verte nel determinare fra diverse leggi quale sia quella che deve regolare quei diritti e quei rapporti.

Il Savigny ammette che il domicilio del marito determina il diritto locale del matrimonio perchè il marito è capo della famiglia e perchè il *vinculum juris* à origine nel domicilio del marito: e il Rocco afferma che, sia che il marito fosse nostro nazionale, sia che fosse uno straniero avente il suo domicilio nel regno, si ap-

[1] Dig., l. 5, *De ritu nuptiar.*, XXIII. 2.
[2] Cod., l. 13. *De dignitatibus.*
[3] Dig., l. 65. *De judiciis.*

plicheranno le leggi nostre moderatrici dello stato personale dei consorti.[1]

È vero che l'opinione dei due rispettabili scrittori è la conseguenza logica della loro dottrina circa la legge personale, e che è fondata sul sistema propugnato da entrambi. Avendo infatti ammesso come principio che il domicilio determina il diritto speciale cui ciascuna persona è sottoposta pel suo stato e per la sua capacità giuridica,[2] doveano per esser coerenti risolvere le quistioni relative al diritto di famiglia tenendo conto della legge del domicilio matrimoniale. A ragione il Savigny dice: *le véritable siége du lien conjugal ne donne lieu à aucun doute : il est au domicile du mari.... C'est donc ce domicile qui détermine le droit local du mariage ;*[3] ed il Rocco: « Il matrimonio conduce fra i coniugi una » duplice relazione, l'una personale la quale risulta » dalla loro mutua condizione e dal loro stato l'uno » rispetto all'altro ; la seconda reale la quale scaturisce » dai beni che essi possedono. E cominciando dalla » prima relazione ben a prima giunta si ravvisa come » venga in mezzo l'applicazione delle leggi personali. » Si tratta di conoscere quale stato e condizione si do» vesse avere il marito, quale la moglie. E perciò cia» scuno di leggieri si persuade come a questo debba » unicamente provvedere la legge del domicilio. »[4] Sono queste conseguenze logiche dei loro principii. Noi però per essere coerenti nel nostro sistema siamo obbligati a discostarci dall'opinione dei due grandi giureconsulti.

81. Meno concludente poi è la seconda opinione la quale sostiene che la legge cui si sono riferiti i con-

[1] Vedi luoghi citati.
[2] Savigny, op. cit., § 359, 372 ; Rocco, parte 3ª, cap. 29 e 30.
[3] Savigny, trad. Gueroux, 2ª ediz., p. 320.
[4] Rocco (ediz. Livorno, 1859), p. 334, cap. 20.

traenti è quella che deve regolare il matrimonio e i suoi effetti. Infatti, quantunque il matrimonio per quello che si riferisce alla sua costituzione sia un contratto consensuale e personale, pure non se ne può discorrere come di qualunque altro contratto. Esso è stato in tutti i tempi considerato come un contratto *sui generis*, e per i gravissimi interessi sociali che dall'unione coniugale derivano non è in facoltà delle parti di sottrarsi dal dominio di quella legge che à impero ed autorità sul contratto stesso. I diritti e i doveri che derivano dall'unione coniugale, e tra i contraenti e rispetto alla prole, non si possono regolare assolutamente ad arbitrio delle parti, ma sono determinati dalla legge. Non si può dunque sostenere che sia nell'arbitrio dei coniugi di riferirsi all'una o all'altra disposizione, e molto meno che debba applicarsi la legge del luogo in cui fu celebrato il matrimonio, perchè il luogo della celebrazione può essere accidentale ed *in transitu*.[1]

* 82. A noi pare che non si possa ragionevolmente ammettere che la terza opinione. Qualunque sia infatti il luogo in cui venga celebrato il matrimonio, qualunque il luogo in cui sia domiciliato il marito nel tempo in cui lo contrae, è certo che, finchè il marito è membro di una nazione, la nuova famiglia che si forma appartiene a quella nazione, e che i figli che possono nascere dal connubio, nascono cittadini di quella patria. Qual'è dunque la legge che à diritto a regolare il matrimonio se non quella della nazione del marito sotto la di cui protezione civilmente e giuridicamente esiste la nuova famiglia che si forma ed i membri che ad essa appartengono? Dal momento in cui un italiano, un francese, un inglese, un russo, investito del proprio carattere

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, art. pre. n° 14-16; Le Brun, *Traité de la communauté*, liv. 1, chap. 2, § 47-48.

nazionale contrae matrimonio in territorio straniero, da tale atto civile comprovato sieguono alcuni effetti, i quali devono essere regolati dalla legge della patria di ciascuno. Sarà la legge italiana, per esempio, che regolerà, nel caso che il marito sia italiano, la validità intrinseca di tale atto, gli obblighi tra i genitori e la prole, la legittimità dei figli che nasceranno, l'ammissibilità delle prove offerte a questo fine, la necessità dell'autorizzazione maritale, la legittimazione del figlio naturale nato prima del seguito matrimonio, e simili. Nè può l'individuo investito della nazionalità italiana sottrarsi al dominio della legge nostra sol perchè si sposa in territorio straniero, non potendo abiurare la sua qualità d'italiano nel compire un atto civile che interessa la nazione cui egli appartiene.

Nè il sovrano del luogo in cui un italiano è domiciliato può pretendere di assoggettarlo in tutto alle proprie leggi. Qual interesse avrebbe egli ad applicare tutte le leggi fatte per i proprii sudditi per regolare i rapporti di una famiglia straniera? Se la famiglia è straniera, se i figli nascono stranieri, a qual pro volere determinare colle proprie leggi lo stato civile di tali individui e i loro mutui rapporti? Noi non troviamo alcuna ragione per giustificare l'opinione del Rocco che cioè le leggi nostre devono applicarsi, sia che il marito fosse un nazionale, sia che fosse uno straniero avente il suo domicilio nel regno.

83. Ma ci si obietta che le leggi le quali regolano la famiglia sono come istituzioni pubbliche che rivelano gli usi e le tradizioni di ciascun paese, i costumi, la morale pubblica, la costituzione interna, e sarebbe lo stesso che violare l'indipendenza degli Stati l'importare in territorio straniero le leggi e le istituzioni che governano il matrimonio presso di noi. Questa obiezione

sparisce distinguendo le disposizioni di ordine pubblico da quelle d' interesse privato.

Quantunque il diritto familiare complessivamente considerato interessi eminentemente l' organismo della società, pure studiando le disposizioni relative ai rapporti di famiglia possiamo distinguerle secondo la loro stessa natura. Di esse alcune sono ordinate a tutelare gl' interessi privati dei membri della famiglia, altre a conservare la morale pubblica e i costumi, e queste formano il diritto pubblico matrimoniale. È certo secondo noi che anche gli stranieri domiciliati in un paese sono obbligati di uniformarsi a quelle disposizioni che appartengono al diritto pubblico matrimoniale, e sotto questo rispetto sono soggetti alla legge del luogo in cui sono domiciliati, ma per tutto quello che si riferisce ai loro privati interessi sono soggetti alla legge della loro patria.

Che una donna russa, per esempio, domiciliata in Italia, sia o non sia soggetta all'autorizzazione del marito: che il figlio del russo abbia quella o quell' altra quota sui beni paterni come legittima, non interessa i principii di diritto pubblico che governano il matrimonio presso di noi, ma sarebbe offeso il diritto pubblico matrimoniale se un russo volesse esercitare un' azione di divorzio in Italia. Queste quistioni sono di ordine e di natura diverse e non si possono risolvere coll' identico principio. Noi siamo perciò meravigliati che qualche giurisperito rispettabile per confermare la dottrina che vuole preferire la legge del domicilio matrimoniale, abbia addotto per prova che i tribunali in questioni di divorzio ànno applicato la legge del domicilio, non quella della patria dei contraenti. Ma noi dimanderemo loro: una questione di divorzio è forse una questione di diritto privato? Si può forse confondere una questione di divorzio con un' altra di autorizzazione maritale?

Noi non lo crediamo, perchè riteniamo essenzialmente distinte in ciascuna legislazione le disposizioni di ordine pubblico da quelle di interesse privato.

*84. Conchiudiamo quindi che la validità del matrimonio e i rapporti di famiglia devono essere regolati dovunque dalla legge della nazione del marito, finchè questa non contradica il diritto pubblico del luogo in cui i coniugi sono domiciliati o voglion far valere i loro diritti. Questo principio si comprenderà più chiaramente nelle applicazioni che ne faremo nei capitoli seguenti.

CAPITOLO VI.

Delle condizioni, dell'esistenza e della validità del matrimonio contratto in paese straniero.

85. Differenza tra matrimonio nullo e matrimonio non esistente. — 86. Natura e conseguenze giuridiche della nullità. — 87. Capacità dei contraenti. — 88. Opinione del Meier. — 89. Giurisprudenza inglese. — 90. Opinione nostra. — 91. Opposizioni al matrimonio. — 92. Impedimenti di consanguineità e di affinità. — 93. Principii circa la nullità del matrimonio celebrato all'estero. — 94. Applicazione del 1° principio. — 95. Applicazione del 2° e 3° principio. — 96. Applicazione del 4° principio. — 97. Nullità derivanti dai rapporti di affinità. — 98. Forma del matrimonio. — 99. Conseguenze giuridiche che derivano dall'omissione delle solennità *mala fide*. — 100. Prova della celebrazione. — 101. Pubblicazioni. — 102. Conseguenze dell'omissione delle pubblicazioni secondo il Codice francese. — 103. Secondo il Codice civile italiano. — 104. Iscrizione nei registri dello stato civile.

85. Prima di discorrere della legge con la quale si devono determinare le condizioni estrinseche o intrinseche cui è subordinata la validità del matrimonio cele-

brato all'estero, stimiamo opportuno il notare che in codesta materia non tutte le condizioni portano nullità se non adempiute, e che non bisogna confondere l'annullabilità del matrimonio colla sua nullità sostanziale.

La società di due esseri costituisce un matrimonio secondo il diritto positivo, quando riunisce le condizioni che secondo la legge sono essenziali alla sua esistenza giuridica. Mancando una di tali condizioni (per esempio, la diversità del sesso, il mutuo consenso, la celebrazione solenne), è logicamente impossibile di considerare il matrimonio esistente.

Quando l'atto à un'esistenza giuridica ma è fatto in contravvenzione ad un comando o ad un divieto della legge, può essere invalidato e dichiarato inefficace.[1]

86. La nullità del matrimonio dev'essere sempre pronunziata con una sentenza, sia che derivi di pieno diritto per testuale dichiarazione della legge, sia che conséguiti da un'azione di nullità. Finchè dal giudice competente non sia pronunciato l'annullamento, il matrimonio, benchè annullabile, resta efficace. La sola differenza tra la nullità testuale e la nullità che può derivare da un'azione si è, che nel primo caso il giudice deve unicamente esaminare in fatto se il precetto prescritto sotto pena di nullità sia stato o no violato, e nel secondo caso deve non solo verificare in fatto se tal precetto legale sia stato o no violato, ma valutare in diritto se la violazione di quel precetto sia di tal natura da importare la nullità del matrimonio.

Notiamo finalmente che, secondo la natura del motivo sul quale si fondano le nullità, esse sono di ordine pubblico o d'interesse privato; che esse sono assolute o relative, secondochè possono essere proposte da ogn'in-

[1] Zaccaria, *Droit civil*, § 458; Demolombe, (*mariage*) n° 241.

teressato o solamente da certe determinate persone e per un tempo limitato: che quantunque la sentenza che pronunzia l'annullamento faccia svanire in modo retroattivo tutti gli effetti giuridici annessi al matrimonio come tale (*quod nullum est nullum producit effectum*), pure come l'unione à potuto dar luogo a conseguenze di fatto, dalle quali sarebbe impossibile fare astrazione, i diritti e le obbligazioni reciproche tra le persone, fra le quali le conseguenze di fatto si fossero avverate, sussisteranno non ostante l'annullamento.

87. Premesse queste generalità passiamo ad esaminare partitamente le condizioni necessarie al matrimonio contratto in paese straniero. Circa la capacità delle parti contraenti, tutti ammettono che dev'essere regolata dalla loro legge personale.[1] E qui notiamo che quantunque la donna col matrimonio acquisti la nazionalità del marito, della sua capacità a maritarsi, si deve giudicare secondo la legge della sua patria, perchè essa non perde la propria nazionalità che dopo contratto il matrimonio. Quindi la donna straniera, cui le leggi del suo paese lo permettono, può maritarsi in Italia a 14 anni, non ostante che il nostro Codice richieda 15 anni compiti per la donna (*art. 55*).

88. Questo principio non può essere applicato come regola generale in tutti i casi, e lo si deve intendere colla sua giusta restrizione, che cioè la legge che regola la capacità dello straniero non sia contraria ai principii di ordine pubblico del luogo in cui il matrimonio si vuol contrarre. Nessuno infatti vorrà sostenere che l'uomo capace a sposare la seconda moglie, vivente la prima, possa invocare la sua legge personale in Italia

[1] Duranton, l. 1, tit. V, n° 232, 33; Savigny, op. cit. § 379; Rocco, part. 3a cap. XVIII; Zaccaria, § 469; Demolombe, n° 217, 232, 234, *Du mariage*.

o in Francia, ove non è ammessa la poligamia. Noi non accettiamo l'opinione del Meier che dice in modo assoluto che la legge del luogo, nel quale il matrimonio è celebrato, si deve esclusivamente applicare per decidere della capacità dei contraenti e delle solennità da osservarsi, e che il matrimonio valido secondo la legge del luogo in cui fu contratto, si deve considerare valido dovunque anche nella patria dei contraenti.[1] Se questo principio si ammettesse sarebbe facile eludere il *jus publicum matrimoniale*, e quelli cui è vietato di contrarre validamente in patria per difetto di età o per mancanza di consenso, potrebbero recarsi in territorio straniero ove tali proibizioni non esistono, e contro le leggi della loro nazione celebrare un matrimonio valido nella patria. E a quali conseguenze non si perverrebbe rispetto alla proibizione delle nozze per parentela?

89. La dottrina del Meier è sanzionata in parte dalla giurisprudenza dell'Inghilterra e dell'America, ove si considera valido il matrimonio fatto in conformità della legge del luogo in cui è contratto,[2] anche quando le parti si sieno recate espressamente per eludere le leggi della loro patria e non abbiano un domicilio *bona fide*.[3]

Questa teoria offende i principii di giustizia internazionale, che devono regolare i buoni rapporti degli Stati, ed è tanto più inconcludente, in quantochè nella stessa Inghilterra della validità o invalidità dei matrimonii contratti da sudditi inglesi in territorio straniero, si giudica applicando la legge inglese, non quella del luogo del contratto.[4] Gl'inconvenienti si verificano nella stessa Gran Bretagna ove succede che il secondo matrimonio cele-

[1] *De conflictu legum*, p. 24.
[2] Story, *Conflict of Law*, § 79.
[3] Id., id., § 123 a.
[4] Id., id., § 79.

brato nella Scozia, dopo un divorzio ivi ottenuto di un matrimonio originariamente contratto in Inghilterra da cittadini inglesi, è valido nella Scozia e nullo in Inghilterra, perchè secondo la legge inglese, nessuno inglese può essere capace a sposare la seconda moglie, vivendo la prima, se non abbia ottenuto un divorzio con statuto del Parlamento. Da ciò deriva il gravissimo inconveniente che i figli nati dal secondo matrimonio sono legittimi nella Scozia ed illegittimi nell'Inghilterra.[1]

90. Secondo la dottrina che noi accettiamo, essendo il matrimonio la più notabile mutazione di stato, della capacità delle parti dovrebbe giudicarsi secondo la legge della patria di ciascuno dei contraenti. Nessuno Stato dovrebbe perciò permettere che gli stranieri contraessero matrimonio nel loro territorio senza avere prima presentato un certificato dell'autorità competente del paese cui appartengono, dal quale costi che giusta le leggi da cui dipendono nulla osta al divisato matrimonio. Questo principio noi lo troviamo accettato dalla maggior parte dei paesi civili. Il nostro legislatore lo à sanzionato nell'*art. 103*, Codice civile: in Francia evvi la circolare del 4 marzo 1831; in Austria un decreto della cancelleria del 22 settembre 1814 (*Raccolta delle leggi di giustizia*, p. 203, n. 1113); in Prussia un ordine del gabinetto (28 aprile 1845) impone allo straniero che vuole contrarre matrimonio con una prussiana di presentare un certificato del magistrato della sua patria, che dichiari che esso sia capace, e che ritornando in patria non incontrerà alcun ostacolo per far riconoscere la moglie e i figli come legittimi. Se tutti gli Stati civili accettassero il principio, si eviterebbe il pratico inconveniente di permettere certe unioni che possono essere

[1] Story, § 117.

rese inefficaci nella patria dei contraenti; tanto più che certe leggi come quella di Baviera [1] e di Würtemberg,[2] proibiscono ai proprii sudditi sotto pena di nullità di maritarsi in paese straniero senza permesso del governo.

91. Da quanto abbiamo detto si deduce molto facilmente che il diritto di fare opposizione ad un matrimonio, così com'è determinato dalla legge nazionale dei contraenti, dovrebbe essere riconosciuto anche in territorio straniero in favore di quelle persone cui la legge stessa lo concede. E quindi qualunque sia la legge del luogo, l'opposizione deve essere ammessa fino al momento della celebrazione: e fatta nelle debite forme deve bastare perchè l'ufficiale dello stato civile, che non può giudicare in merito, sospenda la celebrazione del matrimonio, finchè il magistrato locale non giudichi se l'opposizione sia valida, o se debba considerarsi inefficace. E secondo la stessa legge nazionale dei contraenti deve decidersi a chi compete il diritto di domandare la rimozione dell'opposizione, e le conseguenze giuridiche dell'opposizione rigettata rispetto agli opponenti, e i danni e interessi cui possono essere tenuti.

92. Rispetto agl'impedimenti che dipendono dai rapporti di consanguineità o di affinità che possono esistere fra gli sposi, osserviamo che, qualunque sia la legge della patria dei contraenti, quella che proibisce il matrimonio tra parenti di certo grado o tra affini, o che dichiara certe unioni incestuose, obbliga anche gli stranieri che vogliono contrarre, perchè si deve considerare fondata su'principii di ordine pubblico. Conforme a questo principio è l'*art. 102* del nostro Codice civile il quale stabilisce: « anche lo straniero è soggetto agl'im» pedimenti stabiliti nella sezione II, cap. I. » Quindi,

[1] Ordinanza reale del 12 luglio 1808, § 16 e 17.
[2] Legge del 4 settembre 1808.

se due stranieri volessero unirsi in matrimonio in Italia, e fra loro esistesse uno degli impedimenti legali determinati dal nostro codice, il pubblico ministero à diritto di fare opposizione, nonostantechè fosse diversa la legge della loro patria. Nel codice francese noi non troviamo una disposizione testuale; la giurisprudenza però à deciso che gl'impedimenti dirimenti stabiliti dalla legge francese obbligano anche gli stranieri, che si considerano sempre soggetti alle leggi di polizia vigenti in Francia.[1]

Qualora poi la legge del luogo in cui si vuol celebrare matrimonio non proibisca certe unioni fra persone consanguinee o affini, ma secondo la legge della patria dei contraenti esista un impedimento proibitivo e dirimente, il matrimonio non può essere celebrato pel generale principio che della capacità dei contraenti si deve giudicare secondo la legge della patria di ciascuno. Questo principio è accettato anche dalla giurisprudenza inglese, secondo la quale sono dichiarati nulli i matrimoni contratti dai sudditi inglesi all'estero, quando sono incestuosi secondo la legge inglese.[2] Anche in Francia il matrimonio tra un francese e sua cognata, celebrato ove tale unione non era proibita, è stato dichiarato nullo [3] in conformità di quanto dispone l'*art. 170* del Codice Napoleone. Presso noi l'*art. 100* del Codice civile stabilisce che il matrimonio seguito in paese estero tra cittadini o tra cittadini e forestieri è valido, purchè il cittadino non abbia contravvenuto alle disposizioni contenute nella sez. II, del cap. I del matrimonio.

Notiamo finalmente che quando le due parti con-

[1] Zaccaria, § 469, n° 2; Demolombe, *Du mariage*, n° 254; *Circulaire ministérielle* 10 *mai* 1824.

[2] Story, *Conflict of Law*, § 114. c.

[3] Cass., 8 novembre 1824. *Journal du Palais*, tomo XVIII, p. 1081; Duranton, l. 1, n° 163.

traenti appartengono a paesi diversi, e secondo la legge del paese dell'uno non esisterebbe alcun impedimento, mentre esiste secondo le leggi del paese dell'altro, il matrimonio non può seguire, perchè i due contraenti devono essere entrambi capaci, e della capacità di ciascuno si deve giudicare colla legge del paese al quale appartiene.

Ma qualora un matrimonio sia stato celebrato malgrado l'esistenza di un impedimento, con quale legge si dovrà decidere se tale circostanza tragga seco la nullità del matrimonio?

93. La teoria della nullità degli atti giuridici è per se stessa seria, complessa e grave; quella poi della nullità del matrimonio, e delle azioni che ne derivano è sopra tutte difficile, sì perchè tali questioni devono essere risolute con principii eccezionali per le gravi conseguenze che dall'annullamento derivano, sì perchè le disposizioni di diritto positivo non sono uniformi, e non si possono stabilire regole costanti, quando il matrimonio sia seguito in territorio straniero.

I principii generali che noi accettiamo sono: 1° che la nullità del matrimonio non si può ammettere per presunzione o per induzioni, ma quando sia espressamente comminata dalla legge cui per se stesso il matrimonio è sottoposto: nel dubbio la presunzione dev'essere sempre per la validità; 2° che le sole persone che possono esercitare l'azione in nullità sono quelle a cui la legge lo concede; 3° che la legge secondo la quale devono essere giudicate le azioni di nullità dirette contro un matrimonio, e la prescrizione delle stesse e le eccezioni di inammissibilità, è quella che regola il matrimonio secondo le distinzioni da noi fatte; 4° il tribunale dinanzi a cui sia portata una domanda di nullità di matrimonio à diritto di esaminare se la legge del paese

dello straniero, in virtù della quale si vuole ottenere l'annullamento, sia contraria ai principii di ordine pubblico vigente nel luogo in cui si fa il giudizio, e in tal caso può rifiutarsi di pronunziare la nullità.

* 94. Applicando il 1° principio notiamo che quand'anche il matrimonio sia celebrato, malgrado l'esistenza di un impedimento stabilito dalla legge, non è sempre colpito di nullità. In tutte le legislazioni noi troviamo la notabile differenza d'impedimenti proibitivi e dirimenti. I primi non ànno generalmente altro effetto che d'imporre il dovere all'uffiziale dello stato civile di non procedere alla celebrazione del matrimonio, e di conferire a determinate persone il diritto di opporvisi. I secondi solamente importano la nullità. Ma sia che il matrimonio sia seguito nell'interno dello Stato, sia in territorio straniero, della sua validità o nullità non si può discorrere per presunzioni. Allora solamente si deve ammettere una causa di nullità per un matrimonio contratto all'estero, quando essa esisterebbe se il matrimonio fosse seguito nell'interno. Noi rigettiamo perciò l'opinione di alcuni giureconsulti francesi [1] i quali commentando l'*art. 170* del Cod. Napoleone, che stabilisce: ***Le mariage contracté en pays étrangers entre français et entre français et étrangers sera valable pourvu.... que le français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues dans le chapitre précédent,*** ànno voluto argomentare *a contrario* che qualunque contravvenzione alle condizioni richieste dalla legge francese importi la nullità del matrimonio, e quindi che la mancanza degli atti rispettosi (*art. 151*, Cod. Napoleone) potesse essere una causa di nullità di un matrimonio contratto all'estero. Secondo noi gl'impedimenti semplicemente

[1] Delvincourt, t. I, p. 68, nota 4; Toullier, t. I, p. 288-89; Mercadé, t. II. art. 170, n° 2.

proibitivi non possono divenire dirimenti quando il matrimonio sia seguito all' estero.

95. Per chiarire il 2° e 3° principio da noi stabiliti osserviamo che potendo le azioni di nullità derivare da diverse cause, il tribunale, innanzi a cui siasi portata una domanda di nullità, deve di essa giudicare secondo la legge da cui deriva, e su cui si fonda l'azione stessa. Se, per esempio, l' azione si fonda sul difetto di età, è secondo la legge del paese cui appartiene la parte, che si deve determinare l' età a cui poteva contrarre matrimonio, e le persone che possono esercitare l'azione di nullità e le eccezioni. Supponiamo invece che due stranieri, fratello e sorella naturali, avessero celebrato matrimonio in Italia e che il pubblico ministero italiano volesse impugnare questo matrimonio contratto in contravenzione dell' *art. 192* e *59* del Codice civile; noi opiniamo che il nostro tribunale deve giudicare tale domanda di nullità applicando la legge nostra, perchè, essendo stato il matrimonio contratto in Italia, le parti benchè straniere sono soggette agl' impedimenti stabiliti dal nostro codice, fondati su motivi di ordine pubblico.

96. Rispetto poi al 4° principio da noi stabilito osserviamo che quantunque della validità o invalidità del matrimonio nella patria dei contraenti si debba sempre giudicare secondo la legge ivi in vigore, non si può in tutti i casi invocare detta legge per invalidare un matrimonio contratto in paese straniero, e valido secondo la legge del paese in cui fu contratto. Così, per esempio, l' incapacità che deriva da proscrizione politica, e che renderebbe nullo il matrimonio contratto in patria, non può impedire che l' individuo che ne rimane colpito contraesse validamente matrimonio in territorio straniero. Il matrimonio di un condannato alla morte civile non potrebbe essere invalidato in uno Stato che

non ammette la morte civile. Si dica lo stesso del matrimonio contratto tra un uomo bianco ed una persona di colore, che sarebbe nullo secondo il codice di Luigiana, *art. 95*, ma non potrebbe essere invalidato in Italia. Come il matrimonio contratto da un uomo libero ed una donna schiava, benchè nullo innanzi alla legge della loro patria, non potrebbe essere annullato in un paese che non riconosce la schiavitù.

97. Per le nullità che possono derivare dai rapporti di affinità o di consanguineità esistenti fra i coniugi, qualora vi sia una proibizione secondo la legge della patria dei contraenti, ma non secondo quella del luogo in cui seguì il matrimonio, e le parti si unirono non ostante la proibizione, alcuni opinano che si dovrebbero distinguere gl' impedimenti fondati sul diritto naturale e quelli che derivano dal solo diritto positivo. Essi dicono che gl' impedimenti per gradi di parentela fondati sul diritto naturale rendono nullo il matrimonio nella patria e in terra straniera, non così gl' impedimenti fondati sul diritto positivo e non riconosciuti nel luogo in cui il matrimonio fu contratto. [1] Noi non troviamo irragionevole la distinzione, benchè come dice il Grozio non riesca sempre facile di determinare dove termini il diritto naturale, e dove cominci il diritto positivo. [2] In ogni modo quando il matrimonio è valido nel luogo in cui fu contratto, e vi sia possesso di stato, e figli, e si volesse invalidarlo in virtù di una legge straniera, spetta ai magistrati di esaminare se la legge che si vuol invocare, sia o no in contradizione colla legge che re-

[1] Story, *Conflict of Law*, § 116.

[2] « Causas certas et naturales cur talis coniugia, ita ut legibus aut mo» ribus vetantur, illicita sint, assignare qui voluerit experiendo discet, quam » id sit difficile, imo praestari non possit. » *De jure belli et pacis*, lib. 2. c. 2, § 12.

gola il matrimonio, e nell'affermativa non si negheranno gli effetti civili ad un atto valido.

*98. Rispetto alla forma con cui dev' essere celebrato il matrimonio, i giuristi e i canonisti si accordano nel sostenere che dev' essere giudicata secondo le leggi del luogo in cui il matrimonio fu celebrato. Lo stesso Sanchez dice: *peregrini teneantur legibus et consuetudinibus loci per quem transeunt quoad solemnitatem*, [1] e perciò egli sostiene che un matrimonio clandestino fatto in un paese che abbia accettato il Concilio Tridentino che lo proibisce, non è valido, nonostante che fosse permesso dalla legge del paese dei contraenti. I giuristi poi sono tanto concordi che si può considerare la dottrina come una *communis opinio.* [2]

Notiamo però che, date certe circostanze, si può ammettere qualche eccezione. Così, per esempio, se le forme prescritte dalla legge del luogo fossero contrarie alle convinzioni religiose dei contraenti, o se il matrimonio fosse celebrato secondo la legge patria dei contraenti [3] o durante l' occupazione militare, o avanti l'agente consolare o il Ministro della loro nazione.

99. Si è disputato se il matrimonio debba ritenersi valido anche quando due individui si sieno recati in paese straniero per eludere la loro legge nazionale e per evitare una formalità dispendiosa o molesta. Noi opiniamo che sempreché si tratti di pura forma esterna, l' intenzione delle parti non può avere molta importanza sulla validità del matrimonio, e basta l'averlo celebrato colle solennità prescritte dalla legge del luogo in cui

[1] Sanchez, *De matrimonio*, 1, 5, d. 18, p. 29.

[2] Voet., *De statut*, § 9 c. 2, nº 9; Kent, *Comment.* lect. 26, p. 91; Merlin, *Répert. mariage;* Boullenois, t. II, p. 458; Savigny, *Traité du droit rom.*, t. VIII, § 379; Schaeffner, *Diritto privato intern.*, § 100; Foelix, t. II, p. 417; Zaccaria, § 468, nº 2.

[3] Story, *Conflict of Law*, § 118.

seguì l'unione. Nella stessa Inghilterra, ove si esige tanto gelosamente l'osservanza delle leggi inglesi, si considera valido il matrimonio contratto nella Scozia da sudditi inglesi colle forme stabilite dalla legge scozzese anche quando i contraenti non abbiano nella Scozia domicilio *bona fide.*[1]

Ciò non vale per le formalità sostanziali al valore giuridico dell'atto stesso. Secondo la legge di alcuni paesi il matrimonio non esiste come stato civile, se non quando i contraenti manifestino il loro consenso innanzi al parroco e due testimoni. In questo caso chi, per evitare la forma molesta del rito religioso, volesse recarsi in territorio straniero, ove sia permesso il matrimonio civile, non potrebbe contrarre un matrimonio valido nella sua patria. La ragione si è perchè nel caso supposto s'invocherebbe male a proposito il principio *locus regit actum*, mentre non si tratta di pura forma esterna dell'atto, ma di condizione necessaria all'esistenza giuridica dell'atto stesso, e i contraenti non possono sottrarvisi recandosi in paese straniero in frode della loro legge.[2]

100. Da quello che abbiamo detto si deduce facilmente che tutte le questioni relative alla celebrazione del matrimonio ed alla prova si devono risolvere applicando la legge del luogo in cui seguì il matrimonio. Tali sono le questioni relative alle solennità che dovevano accompagnare o precedere la celebrazione, all'ufficiale pubblico competente, all'atto mediante il quale poteva essere comprovata l'osservanza delle solennità richieste all'esistenza del matrimonio, e simili. Ma non si può dire lo stesso della forma del consenso e del modo di addurne la prova, quando l'individuo per ragione d'in-

[1] Burge, *Commentaries on colonial Law*, 1, 187.
[2] Pothier, *Du mariage*, n° 563; Merlin, *Mariage*, § 1.

fermità fisica fosse stato nell' impossibilità di dichiarare la sua volontà. Tale questione dev'essere risoluta in conformità della legge che regola la capacità dei contraenti.

*101. Una delle formalità che debbono precedere la celebrazione del matrimonio, richiesta da quasi tutte le legislazioni, sono le pubblicazioni ufficiali destinate a far conoscere che si vuole contrarre matrimonio. È certo che circa l' obbligo degli sposi a fare le pubblicazioni, circa l' obbligo dell' ufficiale dello stato civile, il modo e il luogo di fare le pubblicazioni, si deve applicare la legge del luogo in cui segue il matrimonio. Alcune legislazioni impongono ai cittadini che si maritano in paese straniero di fare le pubblicazioni anche nella loro patria. Così dispone, per esempio, il Codice Napoleone, *art. 170*, il Codice italiano, *art. 100*, l' austriaco, *art. 4*, quello dei Paesi-Bassi, *art. 158*, ed altri. La legge nostra e la francese prescrivono altresì l' obbligo d' iscrivere nei registri dello stato civile del proprio paese il matrimonio contratto all'estero. Le conseguenze giuridiche, che derivano dall' omissione di tali prescrizioni, si devono valutare secondo le leggi del paese dei contraenti.

102. Proponendoci di risolvere la quistione innanzi al codice francese e al nostro, cominceremo dal notare come in Francia, a proposito dell'applicazione dell'art.170, si è discusso largamente sulle conseguenze giuridiche di un matrimonio contratto all'estero senza aver fatto prima precedere in Francia le pubblicazioni. Varie sono state le opinioni sostenute dai giuristi ed incerta è la giurisprudenza. Alcuni ànno detto che il matrimonio contratto in paese straniero senza le pubblicazioni in Francia potesse essere colpito di nullità.[1] Questi si sono appoggiati sul testo stesso dell'art. 170, il quale stabilisce : *le mariage*

[1] Delvincourt, t. I, p. 68; Toullier, t. I, p. 288; Marcadé, art. 170, nº 2.

contracté en pays étranger entre français et entre français et étrangers sera valable pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63; dunque, ànno detto, se non è preceduto dalle pubblicazioni dev'essere invalido. Ànno considerato inoltre che il matrimonio può essere annullato per mancanza di pubblicità, che il matrimonio celebrato in paese straniero senza pubblicazioni in Francia, manca assolutamente di pubblicità, e ànno quindi conchiuso che tale matrimonio possa essere annullato. Questa opinione à ricevuto la sanzione della Cassazione, 8 marzo 1831, 6 marzo 1837.[1] La quale considerando che secondo il Codice Napoleone non vi è altra sanzione per costringere i contraenti alle pubblicazioni che la multa all'uffiziale dello stato civile che assiste al matrimonio, che non si può punire un uffiziale straniero, che non si può trovare altra sanzione per impedire ai francesi di eludere la loro legge in territorio straniero che colpendo i matrimonii di nullità, dichiarò tali matrimonii nulli.

Altri invece ànno detto che non si possa assolutamente comminare la nullità per mancanza di pubblicazioni, perchè la disposizione contenuta nell'art. 170 è un'eccezione alla regola generale *locus regit actum:* d'altronde l'articolo non commina la nullità, ma stabilisce le norme per quelli che vogliono contrarre matrimonio all'estero, e perciò le disposizioni in esso contenute si devono considerare come regolamentari, non come dirimenti. Ànno inoltre considerato che è una sufficiente sanzione della disposizione l'ammenda a cui possono essere assoggettate le parti stesse contraenti, come dispone l'art. 192, che la mancanza di pubblicazioni che non è una causa di nullità, quando il matrimonio è

[1] Dev., 1831, 1, 111 (Gaubert); Dev., 1837, 1, 177 (P.... C. P.).

contratto in Francia, non lo può divenire quando il matrimonio sia contratto all'estero.[1] Questa opinione à ricevuto ancora la sanzione di diverse corti imperiali e della Corte di Cassazione, 12 febbraio 1833.[2]

La terza opinione finalmente che à negli ultimi tempi trionfato nella giurisprudenza francese, sostiene che spetta ai magistrati di apprezzare le circostanze di fatto che ànno preceduta e accompagnata la celebrazione del matrimonio, e dichiararlo valido, o nullo per contravvenzione all'art. 170. Anche gli scrittori che sostengono questa opinione si appoggiano al testo stesso dell'articolo e dicono che, non avendo il legislatore comminato espressamente la nullità, ciò significa che à voluto lasciare ai giudici una latitudine di apprezziazione.[3] Anche questa opinione à ricevuto la sanzione di diverse Corti imperiali e della Cassazione.[4]

103. La soluzione della quistione innanzi al Codice civile italiano, a noi sembra meno dubbiosa. Il nostro legislatore dopo avere enumerate le condizioni perchè un matrimonio contratto in paese straniero fosse valido, continuando aggiunge: « Le pubblicazioni devono anche farsi nel regno, ecc. » Dal contesto stesso dell'articolo apparisce chiaro; che quella disposizione contenuta nell'ultimo capoverso è regolamentare, e che non può far sorgere la quistione della nullità in caso di contravvenzione. Noi quindi opiniamo che quand'anche si potesse provare che due italiani si fossero recati in territorio

[1] Merlin, *Répert. Bans de Mariage*, n° 2; Quest. *De droit. Publications de mariage*; Zacearia, § 468; Aubry e Rau, nota 12; Duranton, 237; Toullier, 1, 578; Dalloz, *Juris. gen. Mariage*, t. XIX, p. 223.

[2] Dev., 1833, I, 193 (D'Hérisson).

[3] Demolombe, *Mariage*, n° 225; Foelix, *Des mariages contractés en pays étranger*, n° 2 e seg.

[4] 8 Nov. 1853; Dev., 1856, I, 17 (De Venancourt); 28 Mar. 1854; Dev., 1854, I, 295.

straniero *animo deliberato* per evitare le pubblicazioni, non si può sostenere la nullità del matrimonio per questo solo motivo. Per la sanzione di quella disposizione a noi sembra sufficiente l'ammenda da 200 a 1000 lire in cui incorrono gli sposi, che omettono le pubblicazioni, in virtù dell'art. 123.

*104. Deve altresì considerarsi come una semplice disposizione regolamentare quella contenuta nell'art. 101 del nostro Codice, che corrisponde all'art. 171 del Codice Napoleone, che impone ai cittadini che si maritano in territorio straniero di fare iscrivere il loro matrimonio nei registri dello stato civile del loro paese entro i tre mesi dal loro ritorno. L'opinione di qualche scrittore, francese il quale vorrebbe far dipendere gli effetti civili del matrimonio nel proprio paese dall'atto d'iscrizione, a noi non sembra sostenibile nè in Francia, nè presso di noi. Accettiamo solo come ragionevole l'opinione del Demolombe, che cioè, se un matrimonio fosse stato celebrato in paese straniero e non trascritto nei registri dello stato civile del proprio paese, e i coniugi l'avessero tenuto secreto in modo che i terzi potessero giustamente riputare tale matrimonio non esistente, i tribunali valutando la circostanza di fatto, e avuto riguardo alla condotta più o meno fraudolenta o alla buona fede dei terzi, potrebbero dichiarare tale matrimonio senza effetto rispetto ai terzi che contrattarono in buona fede.[1]

[1] Demolombe, op. cit., n° 229; Foelix, luogo cit.; Corte di Cassaz. francese, 30 agosto 1808, *Journal du Palais*, t. VII, p. 121.

CAPITOLO VII.

Della legge che deve regolare i diritti e i doveri rispettivi dei coniugi e della prole.

105. Origine dei diritti e doveri dei coniugi. — 106. Capacità giuridica della donna maritata secondo la legge inglese. — 107. Secondo la legge francese. — 108. Legge che deve regolare i rapporti di famiglia. — 109. Applicazione delle disposizioni del codice civile italiano a coniugi stranieri. — 110. La moglie francese à sempre bisogno dell'autorizzazione speciale per alienare. — 111. Doveri dei genitori verso la prole. — 112. Religione in cui possono essere educati i figli. — 113. Separazione personale. — 114. Disposizioni di diverse leggi in materia di separazione. — 115. Legge che deve regolare la separazione di coniugi stranieri — 116. Legge che deve regolare le conseguenze giuridiche della separazione.

105. I diritti e i doveri dei coniugi nascono dallo scopo della loro unione, dalla legge e dalle convenzioni stabilite. Le legislazioni che riconoscono il marito come capo della famiglia, hanno organato diversamente la potestà maritale secondo il diverso concetto del potere domestico, e della capacità giuridica della donna. Alcune, quali sono le germaniche e le slave, concedono alla donna una capacità giuridica quasi uguale a quella del marito; altre, come la francese e la nostra, mentre ammettono la personalità giuridica della donna maritata, le negano la facoltà di fare alcuni atti importanti senza l'autorizzazione del marito; altre finalmente, come l'inglese, non riconoscono nella donna maritata una personalità giuridica indipendente da quella del marito.

* 106. Secondo il *Common Law*, la personalità giuridica della moglie è, salvo poche eccezioni, assorbita

in quella del marito. Innanzi alla legge il marito e la moglie sono una persona sola, il marito à potere ed autorità esclusiva sugli atti della moglie, e questa finchè è maritata, è sotto la potestà e tutela del marito (*under the guardianship and couverture of the husband*). Il Blackstone[1] osserva con ragione che l'essere e l'esistenza legale della moglie è sospesa durante il matrimonio, o per lo meno incorporata e consolidata in quella del marito. L' uomo perciò non può fare alcuna convenzione con sua moglie come tale, e solo può disporre in suo favore per atto di ultima volontà. La donna non può fare alcun contratto valido, o altro atto giuridico in nome proprio, essa non può stare in giudizio neppure per sue ingiurie personali se non in nome del marito e col suo consenso. Durante la vita coniugale il marito, indipendentemente dai patti nuziali, à diritto di disporre di tutta la proprietà personale e mobile di sua moglie, è ancora padrone (*freehold*) di tutti i beni immobili ed à diritto di conservarli a suo profitto se sopravviva e se à figli.[2]

107. Al contrario, secondo il Codice francese e le leggi sullo stesso modellate, la donna è soggetta alla potestà del marito, ma la sua personalità giuridica non è assorbita. Come regola generale la moglie non può alienare, ipotecare, donare, acquistare, stare in giudizio senza il consenso del marito, ma può senza bisogno di autorizzazione prendere i provvedimenti per la conservazione e sicurezza dei suoi diritti, può fare e rivocare un testamento, può rivocare una donazione fatta a suo marito durante il matrimonio, può esercitare i diritti di patria potestà sui figli legittimi o naturali che essa abbia avuto da altri. Notiamo altresì che il bisogno di autorizzazione maritale, cui è soggetta la moglie, può ces-

[1] Blackstone, *Comm.*, 441.
[2] Story, *Conflict of Law*, § 133-134; Kent, *Comm.*, lect. 78.

sare in tutto o in parte. In tutto, se fosse mercantessa pubblica, nel qual caso potrebbe senza l'autorizzazione vendere, comprare, contrattare locazioni d'opera, trarre e girare cambiali, e fare tutti gli atti, che sono propriamente atti di commercio. In parte, se la donna si fosse maritata col regime dotale, per tutti gli atti relativi all'amministrazione dei suoi beni parafernali, e per quei beni di cui si fosse riservata l'amministrazione nel regime della comunità; e nel caso di separazione di beni sì per patto nuziale, sì per effetto di sentenza giudiziaria. Avvertiamo finalmente che, benchè il marito possa dare o negare l'autorizzazione, la moglie è ammessa a reclamare contro il diniego di lui, e che può domandarla ed ottenerla dal Tribunale.[1]

108. Come principio generale noi stabiliamo, che la legge nazionale dei coniugi deve regolare gli effetti civili del matrimonio, l'esercizio della potestà maritale, e i diritti e doveri reciproci dei coniugi e della prole. Però tutte le leggi ordinate a conservare la moralità e la disciplina della famiglia, e a determinare l'esercizio del potere domestico, sono applicabili anche ai coniugi stranieri domiciliati o residenti.

* 109. Per meglio spiegare la nostra teoria esaminiamo, per esempio, la posizione di due coniugi stranieri innanzi al Codice civile italiano. È certo secondo noi che le disposizioni contenute negli articoli 130, 131, 132 e quelle contenute negli articoli 138 e seguenti, obbligano tutti gl'individui residenti o domiciliati in Italia sieno cittadini o stranieri. Tali articoli infatti dispon-

[1] In Inghilterra furono fatti varii tentativi per modificare il diritto comune relativo alla proprietà, e alla capacità giuridica della donna maritata; solo alcune innovazioni però sono state introdotte dalla legge del 1870, che esporremo nell' Appendice (vedi pag. 562).

gono che il matrimonio impone ai coniugi l'obbligo reciproco di fedeltà, di coabitazione, di assistenza, che il marito è capo di famiglia ed è obbligato a tenere la moglie presso di sè e somministrarle ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle proprie sostanze, che la moglie deve seguire il marito, che deve contribuire al mantenimento dello stesso, che i coniugi sono obbligati a mantenere ed educare la prole, che i figli devono somministrare gli alimenti ai loro genitori ec., ec.

Il nostro legislatore non à voluto fare altro con tali disposizioni, che rendere civilmente e giuridicamente obbligatorii certi doveri, che sieguono naturalmente ed immediatamente dalla religione stessa del connubio. L'osservanza degli stessi interessa la moralità e la disciplina della famiglia; lo straniero non si può quindi considerare dispensato dall'uniformarsi alla legge nostra, perchè esso deve rispettare le leggi di polizia e di ordine pubblico vigenti presso di noi. Il marito straniero per costringere sua moglie alla coabitazione può dunque adire i nostri tribunali, e questi devono adoperare tutti i mezzi di costringimento permessi dalle nostre leggi, nè possono sotto verun pretesto dispensare la moglie non separata di persona dal dovere di abitare col marito. Nella stessa guisa gli stranieri residenti in Italia sono tenuti all'obbligo degli alimenti, qualunque fossero le leggi della loro patria. Sarebbe lo stesso che offendere non solo le nostre leggi, ma la nostra civiltà, il senso morale del nostro popolo, se un figlio, a qualunque paese appartenga, potesse rifiutarsi di somministrare gli alimenti ai suoi ascendenti, che ne abbiano bisogno: o se il fratello potesse negarli alla sorella.

Non si può ragionare nello stesso modo dell'appli-

cazione degli articoli 134, 135, 136, 137. Essi determinano la condizione giuridica della donna maritata, e le proibiscono di fare nel suo nome personale un atto giuridico qualunque senza l'autorizzazione del marito, e di stare in giudizio: « La moglie non può donare, alie» nare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre » mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, » nè transigere o stare in giudizio relativamente a tali » atti senza l'autorizzazione del marito.... » L'autorizzazione maritale di cui la donna abbisogna secondo la legge nostra non serve solo a sanzionare il suo dovere di obbedienza, ma a guarentire principalmente il suo patrimonio che è destinato a sovvenire ai bisogni della famiglia. È perciò che il legislatore esige l'autorizzazione del marito che è capo dell'unione coniugale, e custode di tutti gl'interessi che vi si riferiscono. I tribunali nostri dovranno quindi applicare quelle disposizioni alla moglie italiana non alle straniere, di cui la condizione giuridica dovrà determinarsi in conformità della legge del loro paese.

*110. Supponiamo che una donna italiana di nascita e maritata ad un francese fosse domiciliata in Italia ed avesse quivi una parte dei suoi beni. Quand'anche nel contratto matrimoniale o con atto pubblico questa donna fosse stata autorizzata da suo marito a fare qualunque atto rispetto ai beni esistenti in Italia, non perciò essa potrebbe validamente alienarli senza autorizzazione di suo marito. Infatti è vero che la legge nostra dispone che il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti gli atti pei quali l'autorizzazione maritale è necessaria, ma tale disposizione non si può applicare a coniugi francesi. La donna italiana maritandosi ad un francese, divenne francese; la sua capacità giuridica, i suoi rapporti col marito e

la necessità dell'autorizzazione deve quindi determinarsi secondo la legge francese. L'articolo 223, del Codice Napoleone così si esprime: « ogni autorizzazione data in » genere benchè stipulata nel contratto di matrimonio » non può essere valida se non relativamente all'ammi- » nistrazione dei beni della moglie » dunque per ciascun atto e per ciascun contratto, che non si possa considerare come atto di amministrazione, si richiede un' autorizzazione speciale, e nell' ipotesi fatta la donna non può alienare senza una speciale autorizzazione.

111. Con questi principii si risolveranno tutte le quistioni che possono sorgere circa le obbligazioni dei coniugi fra loro e verso la prole, per le quali si applicherà la loro legge, sempre che non sia in contradizione coi principii di ordine pubblico del luogo in cui sono domiciliati. Una figlia di un austriaco può quindi costringere suo padre a costituirle una dote quando non abbia beni proprii secondo dispone il Codice austriaco (*art. 1220*); mentre la figlia di un italiano non avrebbe azione (*art. 147*). Il figlio di un prussiano avrebbe azione verso suo padre per ottenere un assegnamento (*Codice prussiano, P. II, tit. II, art. 232*), mentre non lo potrebbe se fosse francese (*art. 204*), o italiano (*art. 147*).

112. Che cosa diremo se fra coniugi stranieri residenti in Italia sorga questione circa la religione in cui devono essere educati i figli? Si potrebbe supporre che nel patto nuziale la moglie si fosse riservato il diritto di educare le figlie nella sua religione: e lasciamo ai civilisti di discutere se tale patto ingeneri un vero diritto o se debba piuttosto considerarsi come un impegno d'onore.[1] Noi vogliamo supporre invece che tale diritto derivi dalla legge nazionale dei coniugi stessi. Così, per esempio, l'art. 139

[1] Troplong, *Mariage*, n° 61.

del Codice austriaco dispone: « In caso di differenza di » religione tra gli sposi, le leggi di polizia determinano la » fede in cui i figli devono essere educati, » e le lettere patenti del 13 ottobre 1781, stabiliscono: « quando il » marito è cattolico i figli saranno educati nella stessa » religione, se poi la madre sola sia cattolica, le figlie » seguiranno la religione della madre, i figli quella del » padre. » La stessa disposizione si trova nell'editto costituzionale relativo alla religione per la Baviera.

Una straniera non può in Italia costringere suo marito ad educare le figlie nella religione cattolica. Nel nostro paese la libertà di coscienza è largamente riconosciuta, e il potere civile non potrebbe inframmettersi per giudicare delle credenze religiose del marito e della moglie. Come d'altra parte pensiamo che se un italiano volesse risiedere in Austria con sua moglie cattolica, potrebbe essere costretto ad educare le figlie nella religione della madre, perchè non può sottrarsi dall'osservare le leggi di polizia vigenti in Austria, se vuol colà dimorare.

113. Date certe circostanze, i coniugi possono essere dispensati dall'obbligo di vivere uniti, ottenendo una sentenza che autorizzi la loro separazione personale. Questa, non rompe il vincolo del matrimonio, ma modifica solamente il modo di vivere dei coniugi, e mentre generalmente lascia sussistere tutti gli effetti giuridici che derivano dal matrimonio, estingue quelli che sono conseguenza della vita comune. Due questioni naturalmente si presentano a proposito di coniugi residenti in territorio estero; 1° con quale legge si deve giudicare se possa o no ammettersi la separazione personale; 2° quale legge deve regolare gli effetti che derivano dalla separazione.

Nel risolvere la prima quistione alcuni conside-

rando che la separazione personale importa una mutazione di stato ànno detto che si deve applicare la legge del domicilio matrimoniale perchè la separazione si riferisce alla persona più che ai beni. Noi non possiamo accettare questa opinione come assoluta e stimiamo opportuno fare qualche distinzione.[1]

114. Notiamo innanzi tutto che le disposizioni di diritto positivo in materia di separazione sono molto diverse. Alcuni Stati non riconoscono la separazione personale e permettono solo il divorzio; così era in Francia prima del Codice Napoleone, ed è attualmente in Prussia ove il Codice ammette 14 cause di divorzio, ma non parla di separazione: altre leggi come l' austriaca e l' olandese permettono la separazione e il divorzio; altre finalmente permettono la sola separazione e proibiscono il divorzio come è presso di noi ed in Francia dopo la legge dell'8 marzo 1816. Le cause per cui si può domandare la separazione sono diverse nei vari paesi: così per esempio, la legge nostra (*art. 158*) e l' austriaca (*art. 103*) permettono la separazione per mutuo consenso con l' omologazione del tribunale, mentre il Codice francese, che permetteva il divorzio per mutuo consenso, vieta per questo titolo la separazione personale (*art. 307*), il Codice austriaco autorizza la separazione per infermità e malattie contagiose ed inveterate (*art. 109*), mentre presso di noi questo non sarebbe motivo sufficiente.

*115. Noi ammettiamo per regola generale che la separazione personale, come mutazione di stato, dev'essere regolata dalla legge nazionale dei coniugi. Se però i fatti sui quali è poggiata la domanda si fossero verificati nel luogo in cui i coniugi sono domiciliati, il ma-

[1] Rocco, parte 3a, cap. 20.

gistrato locale può valutare se interessano le leggi di polizia e l'ordine pubblico, e può autorizzare la separazione. Così, per esempio, se il marito prussiano domiciliato con la famiglia in Italia volesse coabitare colla moglie e colla concubina, o volesse usare contro la moglie minacce, sevizie, eccessi di qualunque natura non permessi dalla nostra civiltà, il magistrato italiano, che non può pronunziare il divorzio, può autorizzare la separazione per sottrarre la moglie da una coabitazione penosa, che offende i buoni costumi e la morale pubblica. Qualunque sia dunque la legge nazionale dei coniugi, non si può permettere che nel nostro paese sia oltraggiata la dignità di una moglie, benchè straniera, come non si può permettere al padrone d'incatenare il suo schiavo. Ma se invece due coniugi italiani avessero la residenza o il domicilio in Austria, la moglie non può domandare al magistrato austriaco una sentenza di separazione per l'inveterata infermità di suo marito, come dispone il Codice austriaco, perchè la legge nostra cui i coniugi sono sottoposti, non permette la separazione per tale motivo, e l'ordine pubblico non è turbato in Austria, se la moglie italiana sia obbligata a vivere con suo marito infermo.

*116. Rispetto poi agli effetti della separazione alcuni ànno pensato che debbano essere regolati dalla stessa legge del luogo in cui la separazione si verificò. « Se la » donna (dice i 'Bouhier) è affrancata dalla potestà del » marito in virtù della legge nel di cui nome fu pro- » nunziata la sentenza di separazione, questa ne deve » determinare le conseguenze giuridiche. »[1] Al contrario Poullain-Duparc dice: « La legge che dichiara la » donna capace o incapace di contrarre con o senza

[1] *Coutume de Bourgogne*, ch. 22, n° 46.

» l'autorizzazione maritale non è una legge passeggiera,
» ma una legge generale, che vale pel presente come
» pel futuro, e che durante l'unione coniugale non può
» esser mai mutata. Se la legge che regola gli effetti
» che seguono dal legame coniugale, dichiari la donna
» incapace, sia congiunta, sia separata, ciò significa che
» il legislatore à voluto pronunciare l'incapacità in
» qualunque condizione si possa trovare la donna. Que-
» sta legge dunque non può essere resa inutile con un
» cambiamento di domicilio. »[1] Noi dividiamo la stessa opinione. La donna separata continua ad essere maritata. Se dunque il matrimonio dura, la potestà maritale deve conservare tutti i suoi attributi in quanto sono conciliabili colla separazione stessa.[2]

Come applicazione del nostro principio notiamo che, se si verificasse in Italia una separazione personale di due coniugi francesi per colpa del marito, la moglie non potrebbe prevalersi dell'art. 135, n° 2, del nostro Codice civile per esimersi dall'autorizzazione maritale. Essa infatti continua ad esser maritata e francese, e per la sua capacità dev'esser sottoposta alla legge francese, la quale dispone (*art. 311*) che la separazione personale importa sempre separazione di beni, e che (*art. 217*) la donna separata di beni à sempre bisogno dell'autorizzazione. Per la stessa ragione i coniugi conserveranno il diritto di successione che la legge del loro paese stabilisce sull'eredità dell'altro, e tutti i vantaggi che possono derivare dal contratto di matrimonio, o dalla legge stessa. Insomma tutti gli effetti giuridici della separazione personale sì rispetto ai diritti dei coniugi sui loro beni, sì per la separazione e distribuzione degli stessi, secondochè sono maritati sotto il regime della comu-

[1] *Principes du droit français*, t. VIII, p. 258.
[2] Demolombe, *Du mariage*, t. II, n° 419.

nione o sotto il regime dotale, devono essere regolati dalla legge della loro patria.

Noi ammettiamo solamente per certi effetti l'applicazione della legge del luogo in cui fu fatto il giudizio.[1] Così, per esempio, quantunque la separazione personale non alteri la patria podestà, nè tolga i diritti che questa conferisce all'uno o all'altro dei coniugi sulla persona e sui beni del figlio, pure il tribunale stesso che autorizzò la separazione può nell'interesse dei figli modificare l'esercizio della patria potestà. Come, per esempio, se la moglie avesse iniziata l'azione contro il marito, e i fatti rivelati nella domanda di separazione addimostrassero la necessità di privare il padre della custodia dei figli. Nella stessa guisa se la legge del luogo in cui seguì il giudizio punisca l'adulterio della moglie, e la sentenza sia stata pronunziata per tale causa, il pubblico ministero può domandare che la moglie sia condannata, finchè il marito non faccia cessare gli effetti della condanna, secondo dispone la legge del paese.

[1] Vedi Appendice, p. 564-67.

CAPITOLO VIII.

Del divorzio.

117. Conflitti di legislazioni in materia di divorzio. — 118. Disposizioni di diritto positivo circa le cause che possono legittimare il divorzio. — 119. Quistioni che si possono elevare. — 120. Opinione del Rocco. — 121. Sua critica. — 122. Al matrimonio non si possono applicare gli stessi principii che regolano gli altri contratti. — 123. Dottrina del Merlin. — 124. Dottrina della Suprema Corte di Massachussetts. — 125. Vera posizione della questione. — 126. Opinione dello Schaeffner. — 127. Giurisprudenza francese. — 128. Giurisprudenza scozzese. — 129. Giurisprudenza inglese. — 130. Giurisprudenza americana. — 131. Opinione nostra. — 132. Divorzio di un naturalizzato. — 133. Secondo matrimonio del divorziato in un paese che non ammette il divorzio. — 134. Opinione nostra.

117. Le disposizioni di diritto positivo circa l'indissolubilità del vincolo coniugale sono diverse. Alcune leggi sanzionando la dottrina della Chiesa *quod Deus coniunxit homo non separet*, considerano la morte di un coniuge come solo mezzo legittimo per lo scioglimento del matrimonio: altre fondandosi sulla stessa Sacra Scrittura che permette rifiutare la moglie adultera, autorizzano il divorzio. Noi non intendiamo discutere se il divorzio sia moralmente lecito o illecito, nè se sia civilmente utile, per non uscire fuori della cerchia delle nostre ricerche.[1] A noi basta costatare che vi sono leggi che lo permettono e che lo proibiscono, e che sono possibili conflitti di legislazioni: tanto più che le leggi stesse degli Stati che lo permettono, sono notabilmente

[1] Vedi De Bonald, *Du divorce;* Fergusson, *On mariage and divorce; Exposé de motifs sur le titre* 6. L. 1. C. N., par M. Treilhard; Dalloz, voce *Separation et divorce.*

diverse, e circa le cause per cui può essere domandato, e circa il magistrato competente a giudicarne.

118. Il Codice prussiano ammette 14 cause di divorzio: 1. Per l'adulterio dell'uno o dell'altro degli sposi senza distinzione: la moglie però non può opporre alla domanda di divorzio contro di lei per adulterio, l'adulterio del marito. 2. Per legittimo sospetto di adulterio. 3. Per l'abbandono dell'uno degli sposi *malo animo*. 4. Per vizi contro natura. 5. Per rifiuto da parte della donna di seguire il marito nel nuovo domicilio che egli sceglie. 6. Per rifiuto ostinato di adempiere i doveri coniugali. 7. Per impotenza. 8. Per demenza quando duri da un anno e non vi sia speranza di guarigione. 9. Per eccessi, sevizie e ingiurie gravi rispetto al grado sociale degli sposi. 10. Per condanna di uno degli sposi a pena infamante. 11. Per dissipazione e prodigalità. 12 Per rifiuto da parte del marito di dare gli alimenti alla moglie. 13. Quando uno degli sposi muti religione. 14. Per mutuo consenso quando non vi sono figli, ed anche quando ve ne siano in certi casi.[1]

Il Codice francese, che vige tuttora nell' isola Maurizio e nel basso Canadà, permette il divorzio: Per l'adulterio della moglie o del marito, quando questi tenga la concubina nella casa comune. — Per eccessi, sevizie e ingiurie gravi. — Per la condanna di uno degli sposi a pena infamante. — Per consenso mutuo e perseverante degli sposi espresso nella maniera prescritta dalla legge. — Quando provino sufficientemente che la vita comune è per loro insopportabile, e che esiste per essi una causa perentoria di divorzio. — Quando si sia ottenuta la separazione personale pronunziata per tutt'altra

[1] Codice prussiano, parte 2ª, tit. 1º, sez. 8, art. 668 e seg.; Anthoine de Saint Joseph, *Concordance*.

causa che per l'adulterio della moglie, se dopo tre anni lo sposo che è stato convenuto ne faccia domanda al tribunale.[1]

Il Codice austriaco autorizza il divorzio tra gli sposi non cattolici quando uno si è reso colpevole di adulterio o è stato condannato al carcere almeno per cinque anni. — Per abbandono. — Per sevizie o eccessi. — Per avversione invincibile, nel qual caso però deve prima ordinarsi la separazione personale. — Uno sposo non cattolico può domandare il divorzio per i detti motivi anche quando l'altro si sia fatto cattolico dopo il matrimonio.[2]

Il Codice olandese permette il divorzio per l'adulterio; l'abbandono e la diserzione maliziosa; per eccessi, sevizie ed ingiurie gravi dell'uno verso dell'altra; per la condanna dell'uno degli sposi ad una pena infamante. Proibisce il divorzio per mutuo consenso; però ciascuno dei coniugi separato da cinque anni può provocare un giudizio di divorzio.[3]

Nella Scozia il divorzio si puó domandare per l'adulterio e per l'abbandono colpevole (*nonadherence*). Per sevizie o ingiurie gravi (*maltreatment*) si può ottenere solamente la separazione *a mensa et thoro.*[4]

Nell'Inghilterra il matrimonio può essere sciolto per cagione di adulterio, di sodomia e di sevizie: però dal così detto *Foljambe's case* in qua, è stato risoluto che nessun magistrato dell'ordine giudiziario possa pronunziare un divorzio a *vinculo matrimonii,* e si richiede in ogni caso uno statuto particolare del Potere legislativo, il quale ordinariamente non si concede senza

[1] Codice francese, tit. 6, cap. 1, art. 229, 233 e 310.
[2] Codice austriaco, art. 115 e seg.
[3] Codice olandese, tit. 6, art. 255 a 264.
[4] Atti del 1551, c. 19-1563.

che si sia ottenuto il divorzio *a mensa et thoro*.[1] Nella Scozia al contrario il divorzio è pronunziato dalla *Court of session*, lo che stabilisce una notabile differenza nella legislazione del Regno Unito della Gran Bretagna. Nelle colonie inglesi delle Indie occidentali i tribunali non possono pronunziare divorzio: la madre patria riserva questo diritto ai suoi corpi legislativi.

Noi troviamo la stessa diversità nell'America circa le cause di divorzio e la competenza del magistrato. In alcuni paesi il solo potere legislativo è competente a pronunziare un divorzio; così è, per esempio, secondo le legislazioni del Delaware, del Maryland, della Carolina del Sud, della Virginia, del Tennessée, del Missuri, della Georgia, del Mississipi e della Luigiana. Al contrario nel Massachussetts, in Nuova-York, nel nuovo Hampshire, nel Connecticut, nella Nuova-Brunswich, il potere giudiziario o la Corte di Cancelliera sono competenti a sciogliere il vincolo matrimoniale.[2]

119. Stante tanta varietà di legislazioni in materia di divorzio, moltiplici ed importanti questioni si possono elevare.

Due coniugi maritati sotto una legge che non permette il divorzio, possono divorziare se sono domiciliati in un luogo ove sia permesso il divorzio? Con quale legge deve decidersi se sia o no permessa un' azione di divorzio? Quali effetti produrrà una sentenza emanata da un tribunale straniero, nella patria dei contraenti, nei terzi Stati? L'uomo e la donna validamente divorziati secondo le leggi della loro patria possono rimaritarsi in un terzo paese che non riconosca il divorzio? Una sentenza di divorzio pronunziata dal ma-

[1] Westoby, *Legislat angl.*, chap. 8, sect. 3; Blackstone, *Comment.*, I, 440-441; Burge, *Comment.*, I, 665.

[2] Schaeffner, *Diritto internazionale privato*, § 120-21.

gistrato giudiziario straniero sarà valida in un paese che richiede l' intervento del potere legislativo per sciogliere il vincolo matrimoniale?

La soluzione di tali questioni che comprendono tante altre questioni secondarie, è grave e difficile, e per la materia in se stessa, e per le conseguenze che derivano dal risolverle in un modo piuttosto che nell'altro.

120. Il Rocco proponendo la questione, se il legame matrimoniale possa sciogliersi mediante il divorzio, esamina se la legge che vi si riferisce immuti la capacità personale dei coniugi piuttosto che un diritto da loro acquistato. Egli dice: « È vero che il decidere se due » consorti possano fra sè far divorzio è tal cosa che si » riferisce più alla persona che ai beni, *persona magis* » *quam res respicitur*, è vero che come nella sepa- » zione personale gli effetti reali sono una sequela ed » un' appendice necessaria dello stato personale, ma il » divorzio non muta solo la condizione e la capacità dei » coniugi, ma la loro qualità, perchè riduce i coniugi » nello stato di celibi, e risolve il contratto nuziale » una volta legittimamente stabilito. Non si può sup- » porre che gli sposi contraendo avessero voluto rico- » noscere il principio che la loro capacità a divorziare » sarebbe regolata dalla legge del domicilio matrimo- » niale, il quale può essere soggetto a traslocamento da » un luogo ad un altro, e quindi la facoltà di regolare » lo scioglimento deve spettare alla legge che regolò » *ab initio* la formazione del matrimonio. Non si può » in alcuna guisa sostenere che tutto ciò che concerne » la validità e legittimità di una convenzione debba » essere regolato da una legge, e tutto ciò che si rife- » risce alla risoluzione, o all'annullamento della stessa, » debba essere regolato da altra legge; queste sono due

» cose correlative, e nella stessa guisa che non si può
» decidere se un contratto sia o no valido senza tener
» conto della legge sotto di cui fu formato, così non si
» può decidere se possa o non possa risolversi il ma-
» trimonio senza riferirsi alla legge sotto della quale i
» coniugi si obbligarono reciprocamente all' unione co-
» niugale. In una parola il marito col cambiamento del
» domicilio può avere facoltà di mutare la capacità della
» moglie, ma non di togliere i diritti legittimamente
» acquistati. Ora il primo di tali è certamente quello
» che non vada a risolversi per forza di leggi straniere
» quel legame che nel regno era indissolubile fin dal-
» l' origine. »[1] Valenti giureconsulti inglesi sostengono
la stessa opinione.[2]

121. Il ragionamento del Rocco è molto ben fondato, e lo abbiamo voluto riprodurre nella sua integrità perchè non perdesse tutta la forza. Noi però, quantunque dividiamo sotto certo rispetto la sua opinione, non possiamo ammettere come principio generale che tutto debba dipendere dalla legge sotto cui ebbe origine il matrimonio.

Nessuno vorrà sostenere che due stranieri domiciliati in Italia possano divorziare innanzi ai magistrati nostri, qualora si fosse verificato un fatto a ciò sufficiente secondo la loro legge, sebbene abbiano contratto matrimonio nel loro paese colla facoltà di scioglierlo. Il divorzio è presso noi considerato contrario al diritto pubblico matrimoniale, e nessuna legge straniera può derogare ai principii di ordine pubblico sanzionati dal nostro legislatore. Aggiungiamo altresì che due individui che avessero contratto matrimonio in un paese nel quale la legge

[1] Rocco, parte 3ª, cap. 20.
[2] Fergusson, *On mariage and divorce*, 283 e seg.; Kent, *Comment.*, lect. 27.

autorizzi il divorzio per cause quasi frivole, com'è, per esempio, la legge prussiana, e che stabilissero il loro domicilio in un paese la cui legge permetta pure il divorzio, ma solo per l'adulterio della moglie, non potrebbero fondare una domanda per divorziare su di un motivo sufficiente solamente secondo la legge del loro paese. Noi ammettiamo finalmente che qualora una sentenza di divorzio pronunziata da un tribunale competente si volesse rendere esecutoria in uno Stato che non permette il divorzio, il tribunale può ragionevolmente rifiutarne l'esecuzione. Così, per esempio, se una donna italiana si fosse maritata ad uno svizzero, ed il marito avesse ottenuto regolarmente una sentenza di divorzio nella sua patria, e volesse farla dichiarare esecutoria in Italia per regolare i suoi interessi con la moglie, il nostro tribunale può rifiutare l'esecuzione perchè la sentenza è contraria alle massime di diritto pubblico ammesse presso di noi.[1]

122. Non è così piana la soluzione dell'altra parte della questione, se cioè per giudicare di una domanda di divorzio fra due coniugi domiciliati in un luogo in cui sia permesso divorziare, debba applicarsi la legge del luogo in cui si fa il giudizio o quella del luogo in cui seguì il matrimonio. Se i principii stessi che regolano la validità e la risoluzione dei contratti si potessero applicare allo scioglimento del matrimonio, e se fosse dimostrabile senza opposizione che colla convenzione matrimoniale le parti acquistano un vero diritto a divorziare o ad essere indissolubilmente uniti, si potrebbe con ragione dire che la legge del fôro in cui si eleva la controversia non può immutare il diritto che le parti acquistarono secondo la legge del contratto, che il ma-

[1] Dalloz, *Jurispr. génér.*, 20 nov. 1848, C. de Paris.

gistrato non crea il diritto ma lo riconosce, lo dichiara, lo garantisce, che nessun'altra legge deve egli quindi applicare che quella sotto cui divenne esistente il diritto stesso. Ma è ciò che si nega principalmente dai sostenitori dell'opinione contraria, che cioè il divorzio o l'indissolubilità sia un diritto privato delle parti. Essi invece considerano il divorzio come un rimedio d'interesse pubblico, sanzionato dalla pubblica autorità per conservare i costumi e la morale delle famiglie, e opinano che le disposizioni relative sono applicabili a tutti i domiciliati senza tener conto della legge sotto cui il matrimonio fu contratto.

123. Noi ammettiamo che il divorzio non si deve considerare come un puro diritto delle parti, e questa è pure l'opinione del Merlin. Egli pone la questione che à grande analogia con quella che trattiamo, se cioè in virtù di una legge nuova che introduca il divorzio, si possa risolvere un matrimonio contratto sotto una legge che lo proibiva, o se viceversa un matrimonio contratto sotto una legge che permetteva il divorzio possa essere sciolto sotto la nuova legge che lo proibisce. A questi due quesiti egli risponde: « Se il divor-
» zio fosse, come lo stato degli sposi, la conseguenza e
» l'effetto immediato del matrimonio, non potrebbe
» dipendere da altra legge che da quella vigente nel
» tempo in cui seguì il matrimonio stesso, quindi nel
» primo caso il coniuge avrebbe ragione di opporsi,
» perchè maritandosi intese contrarre un'unione indis-
» solubile; come nel secondo caso potrebbe domandare
» il divorzio perchè intese contrarre un'unione che un
» giorno o l'altro era in sua facoltà di sciogliere, e nel-
» l'uno e nell'altro caso il giudice dovrebbe valutare
» la forza del legame secondo la legge vigente nel tempo
» del contratto. Ma non è nè per conseguenza nè per

» interpretazione dell'intenzione colla quale fu contratto
» il matrimonio, che possa essere permesso o proibito
» il divorzio. Il legislatore permettendolo o proibendolo
» considera non quello che gli sposi ànno voluto stabi-
» lire unendosi, ma le ragioni d'interesse pubblico che
» gl'impongono imperiosamente di concedere la facoltà
» o la proibizione, secondo la condotta rispettiva degli
» sposi. Cio è tanto vero, che due sposi maritati sotto
» una legge che proibisca il divorzio, non potrebbero
» riservarsi la facoltà di divorziare, come due maritati
» sotto una legge che permetta il divorzio, rinuncierebbero
» bero invano alla facoltà di divorziare, perchè nell'una
» e nell'altra ipotesi si applicherebbe la massima sancita
» cita dall'art. 6 del Codice civile che non si può con
» convenzioni particolari derogare alle leggi che interessano
» sano l'ordine pubblico e i buoni costumi. »[1]

124. Secondo riferisce Westlake la dottrina accettata dalla Suprema Corte di Massachussetts è fondata sugli stessi principii. « Le disposizioni che si riferiscono al
» divorzio (dice la Suprema Corte) appartengono piut-
» tosto al diritto penale che al civile, nè le regole ap-
» plicabili al contratto delle parti possono valere nello
» stesso modo a determinare le relazioni personali e i
» mutui doveri che da esso derivano, e la condotta che
» i coniugi devono tenere durante la vita coniugale; le
» quali cose tutte sono regolate da principii di ordine
» pubblico e di economia generale, e dalla necessità di
» conservare i buoni costumi e provvedere alla felicità
» dei coniugi stessi. Un divorzio, per esempio, nel caso
» di pubblico scandalo e turpitudine non è la rivendica-
» zione di un diritto che siegue dal contratto di matri-
» monio, e la sanzione dello stesso, ma una specie di

[1] Merlin, *Répert.*, Effect rétroactif, sect. 3, art. 14. *Quest. de droit*, voce *Divorce*, § 12, art. 1.

» pena che la società à posta nelle mani della parte lesa,
» e che può essere comminata colla sanzione dei tribu-
» nale competente, come riparazione dell' ingiuria e
» dell' offesa ricevuta. Se uno dei coniugi mancò ai
» proprii doveri, il perdurare nell' unione coniugale è
» intollerabile e vessatorio per la parte innocente, e di
» cattivo esempio per gli altri. La legge dunque che
» deve regolare la condotta delle persone maritate, i
» loro doveri, le conseguenze che derivano dalla viola-
» zione degli stessi, e i casi in cui la loro relazione
» può essere annullata, non è quella del luogo in cui
» il contratto di matrimonio fu stipulato, ma quella del
» luogo nel quale i coniugi sono domiciliati, dalla quale
» sono protetti pei diritti che derivano dall' unione co-
» niugale, e secondo cui devono essere giudicati per la
» violazione degli stessi. »[1]

125. Discutendo la quistione del divorzio sotto questo punto di vista, manca assolutamente la base del ragionamento del Rocco e di quelli che vogliono sostenere la preferenza della legge che regolò *ab initio* il matrimonio per la ragione che il divorzio, o l' indissolubilità, si devono considerare come un diritto delle parti. Per entrare quindi nelle vedute dei contrarii, noi proponiamo la questione nel seguente modo: concesso che la legge relativa al divorzio è fondata su principii di ordine pubblico, l'applicazione della stessa per dichiarare sciolto un matrimonio contratto altrove e indissolubile, è pure una quistione di ordine pubblico in modo che debba applicarsi la *lex fori?*

126. Lo Schaeffner si esprime nel seguente modo: « Non può esser messo in dubbio che il giudice innanzi » al quale una causa di scioglimento di matrimonio è

[1] Justice in Barber, v. Root, 10, Mass., 265, citato da Westlake, n° 351, e da Story, § 230.

» trattata, debba tener conto unicamente della legge che
» impera nel suo paese, del suo ***jus publicum***, per de-
» cidere in generale se un matrimonio possa essere
» sciolto e per quali cause ciò possa avvenire.... Se nel
» luogo in cui fu contratto il matrimonio fossero suffi-
» cienti cause più lievi di quelle necessarie pel diritto
» del suo paese, egli non può rispettare quella legge.
» Nè per contrario la circostanza che secondo quella
» legge il matrimonio non possa essere sciolto, può
» avere alcun peso per lui, dappoichè come quel di-
» vieto, così quest' obbligo è per lui assoluto. »[1]

127. Nella giurisprudenza francese noi troviamo una causa celebre discussa due volte in Cassazione mentre vigeva il titolo del Codice Napoleone sul divorzio. La signora De La Tour francese, maritata al signor Mac-Mahon irlandese, ottenne una sentenza di divorzio per l' assenza non giustificata di suo marito. Ritornato questi col grado di maggiore inglese, eccepì contro la sentenza perchè era straniero e non soggetto alle leggi di Francia. La Corte d' Orléans (11 termidoro, anno 13) decise: « Attesochè la donna segue la condizione del
» marito ed è soggetta alla stessa legge; attesochè al-
» l' epoca del matrimonio come a quella del divorzio
» Mac-Mahon era straniero; che niuna stipulazione à
» potuto sottrarlo alla sua legge e sottometterlo alla
» legge francese, il divorzio provocato in conformità
» delle leggi francesi è nullo e di niun effetto, ecc. »
Al contrario la Cassazione a sezioni riunite, il 22 marzo 1806, udita la dotta requisitoria del Merlin, decretò:
« Attesochè il signor Mac-Mahon non può sottrarsi all'ap-
» plicazione della legge francese sotto il pretesto che è
» straniero, imperocchè penetrandosi delle considera-

[1] Schaeffner, *Diritto privato internaz.* tradotto dal Tenore, § 124.

» zioni politiche ad un tempo e morali che ànno dettato
» quella legge, è impossibile non riconoscervi una di-
» sposizione di ordine pubblico, come l'attesta il parere
» del Consiglio di Stato: che sotto questo rapporto essa
» debba essere considerata come una vera legge di po-
» lizia generale che assoggetta tutti al suo imperio in-
» distintamente, sia francesi, sia stranieri residenti nel
» territorio francese, e che colpisce per conseguenza
» tutti i divorzii pronunziati innanzi al Codice civile in
» tutta l'estensione del territorio, perciò la Corte cassa
» ed annulla la sentenza della Corte di Orléans, ed invia
» le parti alla Corte di Digione. » Questa con sentenza
del 27 agosto 1808 convalidò il divorzio.

128. Secondo la giurisprudenza scozzese, qualunque sia la legge sotto cui fu contratto il matrimonio, può essere sciolto validamente nella Scozia in conformità della legge ivi vigente, purchè le parti sieno sotto la giurisdizione di quel tribunale. Per legittimare la giurisdizione non è necessario che entrambe le parti abbiano il loro domicilio nella Scozia nel tempo in cui fu commesso l'adulterio, e nel tempo in cui s'inizia l'azione, basta che il convenuto sia domiciliato nel regno e che possa essere citato. Data questa circostanza, il divorzio può essere pronunziato, anche quando l'adulterio sia stato commesso all'estero. Solo è richiesto che il domicilio sia *bona fide* e non simulato pel solo proposito di tentare l'azione e ottenere il divorzio.[1] Quindi i tribunali scozzesi pronunziano sentenze di divorzio non solo per i matrimonii contratti dagli scozzesi in Inghilterra, ma anche per i matrimonii degl'inglesi, i quali risiedono nella Scozia, e che possono essere soggetti alla giurisdizione di quei tribunali.[2]

[1] Story, *Conflict of Law*, § 221, 205.
[2] Id., ibid., § 216, 217.

Questa giurisprudenza, in aperta contradizione con quella ammessa dagli stessi tribunali inglesi, è con molte ragioni difesa dai magistrati e dai giuristi scozzesi. Essi dicono che quantunque la relazione coniugale si debba considerare *jure gentium*, pure la legge scozzese che determina i doveri, le obbligazioni e la riparazione dovuta pei torti che possono verificarsi durante il matrimonio, affètta tutte le persone maritate, che residendo nel térritorio, sono soggette a quella legge. I giudici scozzesi devono proteggere i diritti che derivano dalla relazione coniugale e devono punire la lesione degli stessi, come puniscono qualunque delitto che si verifica nel territorio. Essi non possono tener conto della legge sotto cui fu celebrato il matrimonio. I coniugi maritandosi si obbligano a trattarsi dovunque come marito e moglie, ma non promettono nè possono promettere di far prevalere dovunque la legge sotto cui si obbligano per far regolare i loro doveri, la loro potestà e le riparazioni a cui possono aver diritto in caso di offesa reciproca o di abuso di potere. Nè è sufficiente ragione pel divorzio di un cattolico romano, che il suo matrimonio fu sacramento e di natura indissolubile. Questo è un fatto privato, che non può impedire l'applicazione uniforme del diritto pubblico, il quale regola tutte le relazioni degl'individui in conformità delle convenienze politiche e della pubblica moralità, ed in modo che non si può ad esso rinunciare come ai beneficii che derivano dal diritto privato. La supposta obbligazione d' indissolubilità non può avere alcun valore, nè per volontà delle parti, nè per virtù della legge sotto cui ebbe origine l' unione coniugale. Quello che deriva dalla volontà delle parti dev' essere riconosciuto dovunque, ma non si deve confondere ciò che è effetto della volontà delle parti con ciò che non deriva dalla stipulazione, ma

che è effetto di un'istituzione di diritto positivo, ciò non può valere fuori del territorio, per la nota massima: *extra-territorium jus dicenti impune non paretur*. Queste sono le principali ragioni colle quali dotti e sapienti magistrati scozzesi difendono la dottrina accettata dai tribunali della Scozia in fatto di divorzio.[1]

129. Nella giurisprudenza inglese prevale il principio che un matrimonio contratto in Inghilterra non può essere sciolto che con un atto del parlamento. La più importante discussione fu quella che ebbe luogo nel *Lolley's case*. Questi si maritò in Inghilterra ove era domiciliato, e poscia recatosi nella Scozia ottenne una sentenza di divorzio: vivendo la prima moglie ne tolse un'altra, e ritornato in Inghilterra sorse la quistione se vi era bigamia. I dodici giudici inglesi contro la Corte concistoriale di Scozia sostennero, che per sciogliere un matrimonio contratto in Inghilterra è necessario un atto del Parlamento. Lord Brougham però con dotto ragionamento dimostrò che un divorzio ottenuto da inglesi domiciliati all'estero da un tribunale competente, dev'essere considerato sufficiente a sciogliere il matrimonio e a conferire alle parti tutti i diritti che derivano da uno scioglimento valido.

130. In America prevale il principio che secondo la legge del domicilio attuale dei coniugi si deve decidere se possa essere autorizzato il divorzio. Secondo gli statuti del Massachussets, purchè le parti vivano in un paese come marito e moglie, ed ivi la causa su cui si fonda la domanda di divorzio siasi verificata può essere decretato il divorzio secondo le leggi vigenti in quel paese.[2] Conformi a questi principii sono le decisioni della Suprema Corte del Massachussets. Due individui

[1] Fergusson, *On mariage and divorce*, p. 339 e seg.
[2] *Statutes of Massachussets*, 1835, ch. 76, § 9, 10.

ivi maritati e domiciliati *bona fide* nel Vermont ottennero dalla Corte di questo Stato una sentenza di divorzio per una causa non sufficiente secondo la legge del Massachussets. La Suprema Corte confermò la sentenza per la ragione che il divorzio dev'essere regolato dalla legge dell'attuale domicilio dei coniugi.[1]

Le decisioni dei tribunali di New-York sono conformi a quelle del Massachussets, e, secondo riferisce il giureconsulto americano Story,[2] la dottrina generalmente accettata in America è, che i tribunali del luogo, in cui i coniugi sono domiciliati *bona fide*, sono competenti a decretare un divorzio conformandosi alla loro legge e senza tener conto di quella sotto cui ebbe origine il matrimonio, o del luogo in cui si verificò l'offesa per la quale s'intenta l'azione. Le principali ragioni addotte a sostegno di tale dottrina sono che la legge del luogo in cui seguì il matrimonio, regola le obbligazioni primitive che dall'unione derivano, ma non la dissolubilità o indissolubilità del contratto dovunque. Come dichiarando il matrimonio dissolubile non si può imporre agli altri Stati di riconoscerne la dissolubilità, così dichiarandolo indissolubile, ciò può valere finchè le parti sono soggette alla legge che stabilisce l'indissolubilità. È certo che il cambiamento di domicilio è una delle cose che le parti possono prevedere, e di cui la moglie acconsente a correre i rischi. Sarà la legge municipale quella che deve regolare il cambiamento di domicilio e tutte le sue conseguenze, ma mutato il domicilio, i rimedii alle violazioni del contratto matrimoniale devono essere regolati dalla nuova legge.

131. Nonostante tanta uniformità di giurispru-

[1] Barber, v. Root, n° 10; Mass., R. 265; Story, § 229.
[2] § 230, (*a*).

denza noi non possiamo accettare questa dottrina, benchè così dottamente propugnata dai magistrati e dai giuristi di quei paesi, nei quali è autorizzato il divorzio. Se veramente si volesse elevare a teoria la regola che una sentenza di divorzio *a vinculo* possa essere pronunziata tenendo conto della *lex fori*, e che la competenza dei tribunali possa essere giustificata, quando le parti sieno sottoposte alla loro giurisdizione in modo da poter essere giustamente citate, quali ne sarebbero le pericolose conseguenze? Con ragione si potrebbe dire che la dottrina dei tribunali scozzesi è un invito per tutte le persone maritate, che vogliono divenire libere, a fissare il loro domicilio anche temporaneamente nella Scozia per sciogliere un vincolo per la sua natura e per le leggi del loro paese indissolubile. E se inoltre si consideri che, secondo la giurisprudenza di alcuni di questi Stati, non è neppure necessario che il fatto su cui è fondata la domanda si sia verificato nel luogo in cui si intenta il giudizio, com'è, per esempio, nella Georgia, e che secondo certe leggi il divorzio può esser domandato per cause frivole o almeno leggere, come è nella Prussia, si comprenderà meglio come la teoria che combattiamo sovverte tutti i rapporti fra i cittadini e la propria legge e i principii che regolano la più sacra delle istituzioni, quella della famiglia.

Noi non vogliamo discutere sulla moralità o immoralità del divorzio, e ammettiamo che negli Stati in cui è permesso, si debba considerare autorizzato per motivi di polizia generale, di moralità e di ordine pubblico. Noi non intendiamo sostenere che la dissolubilità o indissolubilità sia un diritto delle parti, nè che la *lex loci contractus* debba regolare dovunque le obbligazioni e i diritti che derivano dall'unione coniugale; anzi siamo d'avviso che le leggi applicabili ai contratti non

possano sempre applicarsi al matrimonio, che è un contratto *sui generis*. Ma nelle profonde disquisizioni dei nostri avversarii noi non abbiamo trovata la ragione per la quale si debba considerare necessario per l'ordine pubblico e la polizia generale di uno Stato decretare il divorzio a *vinculo* tra stranieri, dichiararli liberi e autorizzarli a rimaritarsi.

Noi abbiamo dimostrato che la legge la quale deve regolare il matrimonio, i rapporti di famiglia, le obbligazioni dei membri di questa, e tutte le conseguenze giuridiche che derivano dall' unione coniugale, è quella della nazione a cui appartiene il marito, per la semplice ragione che tutti i membri della famiglia seguono la condizione del capo e sono sotto la protezione della stessa legge nazionale. Quando una famiglia italiana, per esempio, va a domiciliarsi temporaneamente in Prussia, è soggetta alle leggi di polizia di quel paese; l'autorità locale può indubitatamente, date certe circostanze, prendere tutti i provvedimenti necessarii a tutelare l'ordine pubblico, e sulla domanda di uno dei coniugi può decretare la loro separazione per impedire lo scandalo ed il cattivo esempio, ma può credersi egualmente autorizzata a decretare sciolto il vincolo matrimoniale, e dichiarare i coniugi liberi di rimaritarsi in Prussia? Noi pensiamo non potersi ciò ammettere in modo alcuno, perchè il divorzio a *vinculo*, importando restituzione di libertà a persone già maritate, cagiona una gravissima mutazione di stato, e per tutte le ragioni da noi già addotte a provare che lo stato delle persone dev'esser regolato dovunque dalla legge nazionale,[1] ne viene di conseguenza che solo secondo questa deve decidersi della possibilità di così importante mutazione di stato.

[1] Vedi capitolo I di questo libro.

Ammettiamo quindi che due coniugi italiani possano esser separati in Prussia per misure di polizia, ma non possono però da maritati divenire liberi, se non mediante la morte dell'uno secondo dispone la legge nostra.

132. Un'altra importante questione, da proporsi in materia di divorzio è, 1° se un individuo naturalizzandosi in un paese ove sia permesso divorziare possa validamente ottenere una sentenza che lo autorizzi a ciò; 2° se la domanda possa essere fondata su di un fatto anteriore alla naturalizzazione.

Circa la prima parte noi stimiamo opportuno distinguere. Avendo dimostrato che la naturalizzazione del marito non importa necessariamente quella della moglie, ne segue che se il solo marito avesse ottenuto la naturalizzazione, e la moglie avesse conservata la nazionalità primitiva, non potrebbe essere decretato il divorzio. Come per maritarsi entrambi i coniugi devono essere capaci a norma della loro legge rispettiva, così per divorziare. Se la legge della primitiva nazione dei coniugi non permette il divorzio, il marito naturalizzandosi e assoggettandosi alla legge della nuova patria elettiva non può immutare la capacità della moglie, se questa non sia pure naturalizzata. Ciò conferma gl'inconvenienti che possono derivare dall'applicazione dell'*art. 11, comma 1*, del Codice civile italiano, che noi abbiamo criticato.[1]

Rispetto alla seconda parte il Merlin risponde affermativamente. La legge del paese nel quale vanno a domiciliarsi i coniugi si deve considerare come una legge nuova, e nella stessa guisa che una nuova legge la quale permetta il divorzio, si applica anche ai fatti anteriori alla pubblicazione della legge stessa, così quella del

[1] Vedi n° 66-67.

nuovo paese deve applicarsi anche ai fatti anteriori alla naturalizzazione.[1] Noi non accettiamo questa opinione, tanto più che i conflitti di leggi di diversi Stati non si possono in tutto equiparare ai conflitti tra leggi promulgate in tempo diverso. La necessità di conservare la moralità della famiglia, di impedire lo scandalo e il cattivo esempio, essendo la ragione colla quale si giustifica il divorzio, questa non può valere quando il fatto sia avvenuto in epoca anteriore alla naturalizzazione e in territorio diverso.

A conferma della nostra dottrina giova riportare una sentenza della Corte di Liege del 24 aprile 1826. Il signor D. francese sposò il 2 gennaio 1814 una signora belga, e ritornò con la moglie nel febbraio successivo in Francia. Separato nel 1824 dalla moglie con sentenza giudiziaria, il signor D. trasferì il suo domicilio a Marienbourg e nel 1825 presentò al tribunale di Dinant una domanda per ottenere una sentenza di divorzio per l'adulterio commesso da sua moglie in Francia. Durante il giudizio egli domandò ed ottenne la naturalizzazione nel Belgio e la comunicò a sua moglie intimandole di presentarsi innanzi al tribunale di Dinant per sentir pronunziare la sentenza di divorzio. La signora P. comparve e cominciò dal declinare la competenza del tribunale per la ragione che essendosi maritata ad un francese era francese, che la posteriore naturalizzazione del marito non importava quella della moglie, che non poteva quindi essere tradotta innanzi al magistrato belga che per uno dei casi determinati dal Codice civile, fra i quali questo non era contemplato. Sul merito poi dedusse che i fatti su cui era fondata la domanda, qualora fossero veri, erano avvenuti quando il signor D.

[1] Merlin, *Questions de droit*, voce *divorce*, § 12.

era francese e in un territorio la di cui legge permetteva la separazione non il divorzio. La Corte di Liege decise che la domanda del signor D. non poteva esser ricevuta perchè cambiando di patria egli non poteva pregiudicare a sua moglie, nè la naturalizzazione di lui poteva avere effetti retroattivi.[1]

133. L'ultima questione che noi vogliamo proporre e che può avere la sua importanza pratica anche presso di noi, si è se l'uomo legittimamente divorziato nella sua patria possa rimaritarsi in un terzo Stato la di cui legge non permetta il divorzio. Tale questione è stata lungamente discussa dai giuristi e dai tribunali, e ci piace riferire le opinioni *pro* e *contra*. Tra i sostenitori della negativa citiamo De Chassat, Demangeat, Sapey, Demante e la R. Corte di Parigi (30 agosto 1824, 28 marzo 1843, 20 novembre 1848, 4 luglio 1859). Fra quelli poi che sostengono l'affermativa citiamo Merlin, Demolombe, Westlake, Massé e Vergé su Zaccaria, la Cassazione di Parigi (28 febbraio 1860) e il Dupin nelle conclusioni avanti la Corte medesima.[2]

Il magistrato francese, dice il De Chassat, deve riconoscere la condizione dello straniero così com'è stabilita dalla legge del suo paese, e quindi la condizione di divorziato deve valere come quella di interdetto, di prodigo, di fallito. Però il magistrato francese non può permettere che in virtù di una legge straniera seguano in Francia certi effetti che offendono i principii

[1] Pasicrisie belge, 1826, p. 125; Merlin, *Questions de droit*, v. *divorce*, § 11.

[2] De Chassat, *Des statuts*, n° 196; Demangeat, *Condit. des étrangers*. p. 383; Sapey, *Les étrangers en France*, p. 195; Demante, sull'art. 3, (t. I, p. 45, nota 1). Merlin, *Questions de droit*, voce *divorce*, § 13; Demolombe, t. I, n° 101; t. III, n° 230; Westlake, *Private international law*, n° 350; Massé e Vergé, sul § 57; *Journal du Palais*, t. XVIII, p. 1022; t. XL-XLI, 28 mars; t. LXXI, p. 15, 538.

di ordine pubblico sanzionati dalle nostre leggi. La disposizione della legge straniera che permette all' uomo divorziato di rimaritarsi, non può avere nessun effetto, perchè offende i buoni costumi e l' opinione pubblica in Francia.

Il Demangeat divide la stessa opinione. Avendo, dice egli, la legge francese, pel benessere della società, proibito il divorzio, il riconoscere la legge straniera che lo permette, è contro l' ordine pubblico. Nessun dubbio può sorgere quando la persona cui lo straniero vuole rimaritarsi è francese; questa non può unirsi ad un divorziato, perchè non può contrarre matrimonio con una persona che secondo la legge francese è maritata. Che se gli sposi siano stranieri, l' uffiziale dello stato civile non può assistere alla celebrazione di tale matrimonio, perchè implicitamente verrebbe a riconoscere valido il divorzio, il quale, prescindendo da qualunque idea religiosa, è considerato in Francia come un male ed uno scandalo pubblico.

Al contrario il Merlin critica la sentenza della R. Corte di Parigi del 1824, colla quale fu confermata quella del tribunale, e decretato che l' uffiziale dello stato civile avea fatto bene a rifiutarsi di assistere alla celebrazione del matrimonio di una inglese divorziata. Egli riflette con ragione che la legge francese condanna il divorzio, ma non il matrimonio del divorziato, tanto che non à considerato come illegittimi i matrimonii contratti dalle persone divorziate prima della legge del 1816.[1]

Il Westlake, manifestando il suo parere sulla stessa quistione, molto saggiamente dice: « È indubitato che » rispettabili autori sostengono che il divorzio sia

[1] Loc. cit.

» moralmente lecito, e benchè non vi sieno ragioni
» assolute per determinare le cause per le quali esso
» debba essere permesso, è certo che non si può *a*
» *priori* dimostrare che in tutti i casi esso debba con-
» siderarsi come moralmente illecito. Perciò senza en-
» trare in discussioni difficili, è meglio accettare ciascun
» uomo colla qualità di maritato o non maritato secon-
» dochè lo dichiara la legge della sua nazione. Gli scrit-
» tori francesi sostengono che il matrimonio è di diritto
» delle genti, non il divorzio, e perciò conchiudono che
» il divorzio non dev' essere per i suoi effetti ricono-
» sciuto in paese straniero. Ma si può osservare che
» il matrimonio è di diritto delle genti come stato non
» come contratto; dal che emerge che lo stato dell' uomo
» unito o no in matrimonio, così com' è stabilito dal-
» l'autorità competente, segue l'individuo dovunque.»[1]

Il Dragoumis,[2] riassumendo le ragioni del Dalloz e del Demolombe, osserva giustamente che la domanda di uno straniero divorziato di rimaritarsi in Francia non si deve considerare come una questione di divorzio posta innanzi al magistrato francese. Non si tratta infatti di pronunziare il divorzio, ma solo di esaminare se l'individuo dichiarato libero dal primo legame secondo la sua legge possa contrarre un nuovo matrimonio. Non è già la quistione di principio che si pone innanzi alla legge francese, ma si domanda solamente la ricognizione di un fatto compiuto in territorio straniero e giudicato secondo le leggi straniere. Quando il primo matrimonio è stato sciolto, ed ai coniugi è permesso rimaritarsi, checchè si faccia, non si può richiamare in vigore il primo matrimonio, nè ad alcuno è permesso d'indagare il passato dei coniugi o riformare una sentenza pronun-

[1] Loc. cit.
[2] *De la condition civile de l'étranger en France*, p. 74

ziata da un tribunale competente secondo le leggi del paese. L'assimilazione che si è voluta fare tra il matrimonio dell'uomo divorziato e la bigamia non à alcun fondamento. Nel caso di bigamia esiste un primo matrimonio anche secondo la legge personale dei coniugi, e la legge nostra si oppone ragionevolmente ad un nuovo matrimonio: nel caso di divorzio il primo matrimonio non esiste più.

134. Noi dividiamo la stessa opinione, e facendone l'applicazione, diciamo che l'uffiziale dello stato civile non può rifiutarsi di assistere al matrimonio di una inglese o polacca, validamente divorziata che volesse rimaritarsi in Italia. Infatti è certo che la condizione giuridica di uno straniero e la sua qualità di padre, di figlio, di sposo, deve determinarsi secondo la legge della sua nazione (*art. 6*, Codice civile); che gli effetti che derivano dallo stato giuridico di uno straniero non possono essere impediti se non quando si opponga una legge di ordine pubblico del nostro Stato; che l'uffiziale dello stato civile non può dichiarare la dissoluzione del matrimonio non esistente, quando questo sia stato già legalmente disciolto, nè può impedire al divorziato di contrarre un nuovo matrimonio, il quale quando il primo sia sciolto, non è per nulla contrario alle leggi nostre, essendo il divorziato nella situazione legale di un uomo non maritato. Noi quindi conchiudiamo che il proibire a chi sia legalmente divorziato di poter contrarre un nuovo matrimonio in Italia, è contro le nostre istituzioni e le nostre leggi.

CAPITOLO IX.

Della filiazione.

135. Legge con cui si devono risolvere le questioni relative alla paternità, maternità e filiazione. — 136. Questioni pratiche sull'azione per impugnare lo stato. — 137. Figli illegittimi e loro riconoscimento. — 138. Riconoscimento fatto da uno condannato alla morte civile o interdetto. — 139. Forma del riconoscimento. — 140. Un riconoscimento per atto privato può essere dichiarato nullo. — 141. Indagini della paternità e maternità. — 142. Nostra teoria e sua applicazione. — 143. Efficacia del riconoscimento forzato seguìto in paese straniero. — 144. Legittimazione del figlio naturale riconosciuto. — 145. Disposizioni di diritto positivo. — 146. Opinione degli scrittori. — 147. Opinione nostra. — 148. Effetti della legittimazione. — 149. Legittimazione per rescritto reale.

*135. La stessa legge che regola il matrimonio è quella con cui si devono risolvere tutte le questioni relative alla paternità o maternità e alla filiazione. Quantunque le questioni di filiazione e di paternità legittima sieno per loro stesse difficili, non è difficile determinare la legge con cui le si devono risolvere. Il figlio legittimo è quello concepito o almeno nato durante il matrimonio dei suoi genitori. La prima cosa che deve dunque stabilire, chi pretende lo stato di figlio legittimo, è l'esistenza giuridica di un matrimonio tra l'uomo e la donna dai quali pretende di esser nato; come le persone interessate a contestare la sua legittimità devono opporre la inesistenza o nullità del matrimonio. Tale questione preliminare nel caso di matrimonio seguito in estero territorio si deve risolvere in conformità dei principii già da noi stabiliti.

Ammessa la validità del matrimonio, la pretensione

dell'individuo, che reclama lo stato di figlio legittimo, può dar luogo a diverse questioni, secondochè sia contestata la paternità legittima o la maternità. Sarà necessario esaminare, se il fanciullo sia stato concepito nel termine legale, perchè si potesse dire nato durante il matrimonio; se egli abbia per padre il marito di sua madre; se egli sia figlio della donna maritata che indica per sua madre e via via. Tali quistioni si rannodano colle azioni di reclamo di stato e d'impugnazione di stato, che danno luogo ad altre azioni secondarie, e devono risolversi tenendo conto esclusivamente della legge nazionale del marito, che è il capo della famiglia. È questa infatti quella sotto la di cui protezione vive civilmente la famiglia e i singoli membri che ad essa appartengono, e secondo questa solamente deve determinarsi il legame giuridico esistente fra due persone, le quali sono l'una rispetto all'altra padre o madre, e figlio.

196. Supponiamo, per esempio, che un prussiano avesse sposata una donna italiana, e che avesse durante il matrimonio ottenuto un figlio presunto legittimo. Indubitatamente il marito avrebbe diritto di ricusare di riconoscere il figlio, se potesse provare che la coabitazione colla moglie sia stata fisicamente impossibile, secondo dispone il Codice civile prussiano.[1]

Qualora il marito avesse fatto trascorrere sei mesi, a contare dal momento in cui conobbe la nascita del figlio, senza aver promossa l'azione, e fosse morto, può elevarsi il dubbio se gli eredi italiani possono impugnare la legittimità per escludere il preteso figlio legittimo dal possesso dei beni del defunto esistenti in Italia. Gli scrittori che sostengono la preferenza della *lex rei sitæ* per tutte le questioni relative a' beni immobili, rispon-

[1] Parte II, tit. 2, art. 2-4.

derebbero negativamente, perchè applicherebbero le disposizioni del Codice civile italiano il quale stabilisce: (*art. 167*) se il marito muore senza avere promossa l'azione prima del tempo utile (*che al massimo può essere tre mesi, art. 166*), gli eredi avranno due mesi per impugnare la legittimità del figlio, computabili dal tempo in cui sarà entrato nel possesso dei beni del defunto. Nel caso nostro sarebbero decorsi sei mesi; dunque l'azione degli eredi italiani sarebbe prescritta.

Noi però sosteniamo il contrario. Nella specie infatti si tratterebbe di un'azione per impugnare lo stato di un figlio prussiano. La legge nostra dispone (*art. 6*) che lo stato dello straniero è regolato dalla legge della nazione cui egli appartiene, e perciò l'azione per impugnare lo stato dev'essere regolata dalla stessa legge. Il Codice prussiano dispone: (*art. 7, 14, 15*) che il padre può impugnare la legittimità del figlio entro un anno, a contare dal momento in cui conobbe la nascita: che i parenti ànno l'azione, quando il padre sia morto prima che fosse decorso l'anno a contare dal giorno della nascita. Quindi gli eredi italiani avrebbero l'azione.

Supponiamo invece che un italiano avesse sposata una donna austriaca, e che duecento giorni dopo la celebrazione del matrimonio fosse nato un figlio. Potranno gli eredi austriaci, supponendo morta la moglie e il marito e non spirato il tempo utile, impugnare lo stato di figlio legittimo per escluderlo dall' eredità dei beni esistenti in Austria e riservati esclusivamente ai figli legittimi, fondandosi sull'art. 138 del Codice civile austriaco, che non presume legittimi i figli nati duecento giorni dopo la celebrazione del matrimonio? A primo aspetto sembrerebbe che si potesse sostenere l'affermativa, perchè si tratterebbe di una quistione di eredità, e per determinare se il successibile à o no la qualità di erede

legittimo, si dovrebbe applicare la legge del luogo in cui si domanda il possesso dell'eredità; pure considerando che la quistione principale è una pura quistione di stato, e che si deve risolverla applicando la legge personale, noi opiniamo per la negativa. È secondo la legge personale di ciascuno che si deve decidere chi è legittimo e chi illegittimo, chi è da presumere concepito durante o fuori il matrimonio. Nel caso supposto si deve dunque applicare la legge italiana, per la quale si presume concepito durante il matrimonio quel fanciullo che è nato cento ottanta giorni dopo che il matrimonio fu celebrato.

137. Colla stessa legge personale del padre si deve determinare chi è figlio illegittimo, incestuoso o adulterino, e quale sia il rapporto giuridico in cui si trovano i figli illegittimi rispetto ai loro genitori, e ai parenti ed affini di questi. Notiamo però che come il vincolo naturale per cui il figlio illegittimo è unito all'autore dei suoi giorni acquista efficacia giuridica mediante l'atto solenne, col quale l'uomo o la donna riconosce come suo il figlio procreato fuori del matrimonio, gioverà esaminare le speciali questioni che possono sorgere a proposito del riconoscimento.[1]

Il riconoscimento importa una mutazione di stato sì rispetto ai genitori, sì rispetto al figliuolo; quindi la capacità del figlio naturale ad essere riconosciuto e quella del genitore a riconoscerlo, si deve determinare secondo la legge nazionale del padre o della madre, secondochè l'uno o l'altra voglia riconoscere il figlio.

Le disposizioni di diritto positivo sono sotto questo rispetto diverse. Secondo il Codice olandese (*art. 337*)[2]

[1] Vedi Appendice, pag. 567.
[2] Antoine de Saint-Joseph, *Codes civils étrangers.*

il minore se non abbia 19 anni compiti non può validamente riconoscere un figlio naturale, e a norma dell'*art. 339*, vivendo la madre, non è ammesso senza il consenso di questa il riconoscimento del figlio naturale. Alcune legislazioni, come, per esempio, la legge prussiana, non proibiscono in verun caso il riconoscimento dei figli, mentre il Codice Napoleone (*art. 335*) e il Codice italiano (*art. 180*) proibiscono il riconoscimento dei figli incestuosi o adulterini. Secondo l'opinione dei giureconsulti francesi sanzionata da diverse Corti imperiali e che può sostenersi anche innanzi al Codice civile italiano, deve considerarsi come valido il riconoscimento fatto da un minore non emancipato in assenza del tutore, da un minore emancipato senza l'assistenza del suo curatore, da una persona provveduta di un consulente giudiziario senza l'assistenza del consulente, e da una donna maritata senza il consenso del marito.[1] In ogni modo è incontrastabile nel nostro sistema che la capacità del padre a riconoscere, e del figlio ad essere riconosciuto, deve determinarsi secondo la legge nazionale di ciascuno, purchè però questa non contradica un principio di ordine pubblico. Così, per esempio, il riconoscimento di un figlio naturale nato da un prussiano e da una donna italiana maritata non può valere per i suoi effetti in Italia contro la disposizione assoluta e proibitiva del nostro Codice, che vieta il riconoscimento dei figli adulterini (*art. 180*).

138. Un'importante e difficile questione si può elevare, se cioè della capacità dello straniero a riconoscere un figlio naturale, si debba giudicare colle stesse norme con cui si giudica della capacità a fare qualunque atto civile Supponiamo, per esempio, che uno straniero

[1] Toullier, II, 952; Duranton, II, 258; Demolombe, n° 388; Zaccaria, § 558; Dalloz, *Jurispr. génér.*, voce *filiation*, n° 3.

interdetto o condannato alla morte civile volesse riconoscere un suo figlio naturale in Italia. Essendo tale individuo incapace a fare qualunque atto civile, si deve considerare anche incapace a riconoscer suo figlio?

Volendo applicare al riconoscimento le regole che si applicano ai contratti ed alle obbligazioni si potrebbe ragionare nel seguente modo. Quando la legge dichiara taluno incapace, è perchè questi non offre tutte le garanzie richieste a poter legalmente consentire. Ora se la lucidità della mente, la maturità della ragione, e la pienezza della volontà sono necessarie per un atto tanto importante come il riconoscimento di un figlio, le condizioni di capacità per gli altri atti dovrebbero essere richieste anche per questo. Nè varrebbe il dire che il riconoscimento non è un contratto, ma la dichiarazione di un fatto, perchè l'incapacità di cui è affetto l'interdetto è generica, e riguarda tutti gli atti giuridici, che egli abbia fatto personalmente, da cui può sempre domandare la *restitutio in integrum*, quando egli abbia patito qualche danno. Dal fatto del riconoscimento può derivare un danno, non solo perchè chi riconosce, rinunzia all'eccezione perentoria che avrebbe potuto opporre all'indagine della paternità o della maternità, se queste indagini fossero proibite dalla sua legge, ma anche perchè si sottopone ad obbligazioni gravissime. L'interdetto che non può riconoscere il più piccolo debito, come potrebbe fare un atto tanto grave sotto tutti i rapporti? L'incapace non può validamente alienare i suoi diritti e perciò non può fare una confessione legalmente valida, la quale importerebbe l'alienazione del diritto, che egli aveva d'impugnare l'obbligazione e di domandarne le prove.

Con tutte queste ragioni che sono gravissime, si può sostenere che lo straniero incapace a fare gli altri

atti civili si deve considerare incapace a fare un atto di riconoscimento.

La soluzione della questione non è scevra da gravi difficoltà. Noi opiniamo che il riconoscimento non si può equiparare in tutto alle altre obbligazioni che possono derivare da un contratto; e perchè è l'adempimento di un sacro dovere; e perchè è un diritto essenzialmente personale che non si potrebbe esercitare per delegazione o per rappresentazione; e perchè l'incapace è privato indubitatamente dell'esercizio, ma non del godimento dei diritti civili. Se la legge del paese cui egli appartiene non richiede solo l'autorizzazione, ma l'intervento del tutore, il quale non integra e completa la personalità del pupillo che abbia superato l'infanzia, come per diritto romano, ma rappresenta il pupillo o l'interdetto, e qualunque sia la loro età *negotium gerere debet*, come per legge nostra, quando si applicassero al riconoscimento le regole generali, l'incapace sarebbe privato del godimento di tale diritto. Come egli di per se stesso non potrebbe riconoscere validamente suo figlio, così non potrebbe sostenersi che il mandato legale del tutore varrebbe a giustificare il suo intervento, e a conferirgli il diritto di riconoscere un fatto che è a lui intieramente estraneo.

Pel condannato poi alla morte civile osserviamo che essendo la privazione dei diritti civili la conseguenza della pena, non può essere efficace in territorio straniero. D'altra parte la legge non può impedire al morto civilmente di dare la vita ai figli naturali, e quindi non può togliergli il diritto di riconoscerli. Noi perciò conchiudiamo che per potere riconoscere un figlio naturale basta essere capace di volontà secondo i principii del diritto filosofico, non secondo le regole comuni stabilite per gli atti civili. Perciò il magistrato del luogo in cui

si verifica il riconoscimento, prescindendo dalle regole generali con cui deve determinare il valore legale di un'obbligazione civile per difetto di capacità, deve esaminare quale sia la capacità speciale richiesta dalla legge nazionale a tale atto, e se nulla sia determinato, può, valutando le circostanze, apprezzare la sincerità del riconoscimento e sanzionarlo, anche quando sia fatto da una persona incapace a fare gli altri atti civili.

139. Della forma estrinseca dell'atto di riconoscimento si deve giudicare secondo la legge del paese in cui l'atto è fatto. Quindi per le formalità necessarie, affinchè l'atto potesse dirsi autentico, e pel magistrato competente a riceverlo, si deve applicare il generale principio *locus regit actum.*

Può sorgere però il dubbio quando la legge del paese, in cui l'atto si compie, dichiarasse valido il riconoscimento per atto privato, e la legge del luogo in cui l'atto deve valere lo esigesse in forma autentica.

Alcuni scrittori opinano che il principio *locus regit actum* si debba applicare solamente agli atti pubblici e restringerlo nei limiti della necessità.[1] Le condizioni dell'autenticità, dicono essi, devono valutarsi secondo la legge del luogo in cui l'atto è compiuto, ma non esiste alcun motivo per dispensare un cittadino, che vuol riconoscere suo figlio, dal farlo per atto autentico, perchè le condizioni dell'autenticità possono sempre essere adempite nel paese in cui l'atto si compie. D'altra parte la legge prescrive che il riconoscimento sia fatto per atto autentico per l'interesse delle parti e per impedire le violenze, le sorprese, le manovre di qualunque natura, con le quali si potrebbero forse estorcere riconoscimenti non fondati. Per queste considera-

[1] Duranton, t. I, p. 93.

zioni si potrebbe conchiudere che il riconoscimento di un figlio naturale fatto da un italiano in Austria per atto privato, non può essere efficace in Italia, perchè mancano le garanzie richieste dalla nostra legge per esser certi della libertà dell' autore del riconoscimento.

Altri opinano che il principio *locus regit actum* si debba applicare non solo agli atti pubblici, ma anche agli atti privati, perchè la differenza tra l' atto autentico e l' atto privato è semplicemente di forma, non di sostanza, è estrinseca, non intrinseca, e non vi è ragione per distinguerli.[1] Noi opiniamo che questa dottrina si debba ammettere, ma con qualche riserva.

Il principio *locus regit actum* è stato accettato da tutti gli Stati civili, non solo perchè riuscirebbe molto difficile di osservare in paese straniero tutte le formalità stabilite dalla legge del luogo in cui l'atto deve valere, ma per ragioni fondate sull' equità, sulla buona fede, sull' interesse pubblico, secondo le quali gli atti validamente stipulati in un paese, devono produrre la loro efficacia dovunque. È vero quello che dice il Duranton che le condizioni dell'autenticità possono sempre essere adempite in paese straniero, ma può accadere che alla parte che vuole in buona fede fare un atto valido nel luogo in cui dimora, la forma autentica non è indicata come necessaria. Vi sarebbe dunque danno e pregiudizio gravissimo se si ammettesse come regola generale che un riconoscimento leale, sincero, onesto e valido secondo la legge del luogo in cui l' atto fu sottoscritto, dovesse essere annullato in Italia per la sola ragione, che manca l' autenticità richiesta dalla legge nostra.

Nella giurisprudenza francese noi troviamo deci-

[1] Foelix, nº 79; Zaccaria, § 54, V, e Aubry e Rau, nota 66; Merlin, *Repert.*, voce *testam.*, sect. 2, § 4, art. 4, nº 5; Demangeat, *Cond. des étrangers en France*, p. 342.

sioni che confermano tale dottrina. La Corte di Parigi con due sentenze diverse à dichiarato validi i contratti di matrimonio con le donazioni che contenevano, quantunque fatti per atto privato a Londra e a Monaco da francesi ivi rifugiatisi.[1] La Cassazione francese à inoltre deciso che il matrimonio stesso, come atto dello stato civile, può essere validamente contratto tra francesi in paese straniero senza alcun atto scritto, se riunisca le condizioni richieste nel paese nel quale ebbe luogo.[2]

140. Abbiamo detto però che la validità dell'atto si deve ammettere, ma con qualche riserva. Primieramente spetta alla parte che vuol far valere tale documento a provare che veramente esso fu fatto in quel luogo alla legge del quale si vuol riferirlo per rispetto alla forma. Secondo, è necessaria assolutamente la buona fede. Quindi il magistrato deve accogliere agevolmente le domande di nullità per motivo di suggestione, di sorpresa, di errore.

Il Demolombe dice che *La différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé est uniquement une différence de forme.* Dal che conchiude che l'atto privato fatto in un paese che permette tal forma, deve equivalere all'autentico in un altro paese che richiede per lo stesso atto la forma autentica, perchè *cette différence n'est pas intrinsèque, mais extrinsèque; elle n'est pas dans le fond, mais dans la forme: elle est donc sous l'empire de la règle* LOCUS REGIT ACTUM.[3] Noi non combattiamo tale dottrina, ma stimiamo indispensabile fare qualche osservazione.

[1] Paris, 11 mai 1816, Bertin (Sirey, 1817, II, 10). Paris, 23 nov. 1828, De Roquelaure (Sirey, 1829, II, 77).

[2] Cass. fran., 20 déc. 1841, Bousquet, Dev. 1842, II, 521; Cass., 13 janv. 1857, De Valmy (Dev. 1857, I, 81).

[3] Demolombe, t. I, nº 106, p. 129.

I motivi sui quali si è fondato il nostro legislatore per rigettare e dichiarare nullo il riconoscimento per atto privato non derivano da considerazioni estrinseche, ma da considerazioni intrinseche che affèttano la sostanza e la validità dell'atto. La disposizione dell'art. 181 che è conforme a quella dell'art. 334 del Codice Napoleone, tende a prevenire tutte le sorprese, le manovre, i raggiri di qualunque natura, coi quali una persona può essere costretta a riconoscere la sua prole, e garantisce l'indipendenza della volontà e la piena libertà dell'autore del riconoscimento. Un atto di riconoscimento valido, produce conseguenze giuridiche importantissime come atto di stato civile. M. Lahary nel suo rapporto al Tribunato il 19 marzo 1803, si espresse nei seguenti termini: *Un acte aussi précieux et qui doit servir de titre à l'enfant naturel et aux héritiers de son père, ne pouvait être abandonné à une aussi fragile garantie, que celle qui résulte d'un acte privé. Il était digne de la sollicitude du législateur d'exiger qu'il fût conservé dans le dépôt public.*

Per tutte queste considerazioni noi non possiamo equiparare completamente il riconoscimento per atto autentico a quello per atto privato. Per contestare la validità di un riconoscimento fatto per atto autentico e inattaccabile per la forma, è necessario provare che vi sia stato dolo, errore, violenza, ma per invalidare un riconoscimento per atto privato, benchè valido secondo la legge del luogo in cui l'atto fu sottoscritto, basta che sia dimostrata la mancanza di buona fede: o la mancanza di spontaneità da parte dell'autore del riconoscimento: o le suggestioni, il raggiro, le sorprese di qualunque natura. Insomma l'atto non si deve considerare assolutamente nullo, ma per neutralizzare gl'inconvenienti che potrebbero derivare accettando assolutamente

la dottrina del Demolombe, noi opiniamo che il magistrato può agevolmente accogliere le domande di nullità, fondate su di uno dei suddetti motivi.[1]

*141. Passiamo a discorrere della legge che deve regolare il riconoscimento forzato, il quale può aver luogo quando la paternità o maternità non sia per il figlio naturale comprovata da un atto autentico di riconoscimento volontario. Le disposizioni di diritto positivo sono diverse: in alcuni paesi le indagini della paternità e maternità sono permesse; così è, per esempio, secondo il Codice prussiano (*art. 618*), il bavarese, (P. I, C. IV, 9), l'austriaco (*art. 163*), quello del Cantone di Vaud (*182 e seg.*) e quello della Luigiana (*art. 226*) il quale ammette la ricerca della paternità in favore dei figli liberi e bianchi, e anche in favore dei fanciulli di colore liberi quando il padre che ricercano è uomo di colore. Al contrario il Codice italiano (*art. 189*), il francese (*art. 340*), l'olandese (*art. 341-43*), non ammettono alcun genere di prova per la filiazione paterna, tranne i casi di ratto o di stupro violento quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento.

Supponiamo, per esempio, che un figlio naturale generato da uno straniero in Italia e non volontariamente riconosciuto, voglia provare la sua filiazione per succedere a colui che egli pretende essere suo padre, o per domandargli gli alimenti; potrà egli essere ammesso a far questa prova quando la legge del paese del padre permetta le indagini sulla paternità? Alcuni seguaci della dottrina degli statuti rispondono affermativamente. La questione di paternità, dicono essi, è una questione di rapporti personali e si deve risolvere secondo la legge che regola lo stato personale. D'altra parte il fatto si è

[1] Vedi Zaccaria, § 34 in fine.

verificato in Italia e la condizione personale del fanciullo è sufficiente a legittimare la competenza dei tribunali nostri. Da ciò conchiudono che i tribunali italiani potrebbero giudicare ed ammettere il figlio a far prova della filiazione paterna secondo dispone la legge straniera.

142. Noi non dividiamo tale opinione. Non intendiamo discutere se sia meglio permettere o proibire le indagini della paternità; è certo però che la legge che le vieta o le permette è basata su considerazioni di ordine pubblico, di moralità, di polizia generale. Permettendole il legislatore stima che dall'obbligare coloro che generano nella colpa a soddisfare quei doveri che la stessa natura impone, e a sopportarne tutti i gravami, possa ottenersi un freno per diminuire le procreazioni illegittime: proibendole il legislatore à voluto prevenire il gravissimo pericolo che fossero suscitati i più scandalosi e i più pericolosi giudizi con danno della pubblica moralità e della quiete delle famiglie. È un diverso modo di apprezzare le conseguenze dello stesso fatto partendo da diversi punti di vista. Noi dunque conchiudiamo che per ragione di ordine e di moralità pubblica un figlio naturale nato in Italia non può essere ammesso a provare la paternità innanzi ai tribunali nostri. Ciò non impedisce al figlio di esercitare l'azione nella patria di suo padre straniero: anzi noi opiniamo che se il padre citato innanzi al tribunale del suo paese fosse stato convinto di essere veramente il padre del figlio generato in Italia, la sentenza che stabilisce la paternità può essere efficace anche in Italia, perchè il riconoscimento, sia volontario sia forzato, quando è valido secondo la legge del padre, deve essere efficace dovunque. A questa regola generale è tuttavia da fare la solita eccezione, che non osti un principio di ordine pubblico.

Supponiamo, per esempio, che un prussiano avesse

generato un figlio naturale con una donna maritata italiana, che il figlio sia stato ammesso in Prussia a provare la paternità e che la sentenza dichiari la paternità e la maternità. Il figlio non potrebbe domandare che la sentenza sia resa efficace in Italia per i suoi diritti rispetto alla madre e invocare l'applicazione dell'art. 192 del nostro codice il quale dispone: « La sentenza che » dichiara la filiazione naturale produce gli effetti del ri» conoscimento. » L'art. 180 del Codice civile proibisce il riconoscimento dei figli adulterini, e l'art. 193 proibisce la prova della maternità quando dia per risultato di comprovare una filiazione incestuosa o adulterina. La sentenza sarà quindi inefficace e il figlio naturale avrà solo l'azione per ottenere gli alimenti.

Facendo l'ipotesi contraria, che cioè, un italiano avesse generato con una straniera un figlio naturale, e che secondo la legge del paese della madre sia permessa la ricerca della paternità, noi opiniamo che la madre di tale figlio naturale per sostenere un'azione per danni ed interessi contro l'italiano da lei accusato di seduzione, non può essere ammessa innanzi ai tribunali nostri a provare la paternità di quest'uomo, allorchè egli non abbia volontariamente riconosciuto suo figlio, tranne il caso di ratto o di stupro violento, quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento. Notiamo però che qualora il padre possa essere citato innanzi ai tribunali del paese della straniera, l'azione della madre deve essere ammessa secondo dispone la legge del suo paese. Può elevarsi anche la difficile questione se un italiano, convinto innanzi ad un tribunale straniero di avere avuto commercio con una donna di quel paese, e dichiarato padre della prole, debba come tale essere considerato in Italia.

Noi sosteniamo l'affermativa. È vero infatti che la

legge nostra non permette il riconoscimento forzato, ma è vero altresì che il riconoscimento che risulta da un atto autentico è valido, sia che l'atto sia stato compilato con lo scopo unico di comprovarlo, sia che contenga accidentalmente con espressioni semplicemente enunciative il riconoscimento in modo non equivoco. È perciò che il legato a vantaggio di un individuo che il testatore qualifichi suo figlio naturale, contenuto in un testamento pubblico, costituisce un riconoscimento valido, e che la confessione regolarmente comprovata dal giudice, costituisce un riconoscimento autentico. Dal principio che le indagini di paternità non sono permesse presso di noi, non si può dedurre che esse non debbano essere permesse a danno di un nostro cittadino in paese straniero, e che la dichiarazione dello stesso fatto innanzi al magistrato del paese ove è stato convenuto, non costituisca un riconoscimento autentico. Dunque il riconoscimento è valido anche in Italia.

143. È questionabile però se quegli del quale fu riconosciuta la paternità e i suoi eredi e successori universali in nome suo possano avere l'azione di nullità in Italia per la ragione che il riconoscimento in paese straniero à avuto luogo per effetto di violenza. È certo che il riconoscimento come ogni altra manifestazione di volontà dev'essere esente da violenza; è certo che non si possono considerare come atti di violenza i procedimenti legalmente esercitati, e quindi il riconoscimento della madre che sia stato provocato da procedimenti giudiziali o stragiudiziali, non può essere attaccato di nullità in Italia ove è permessa la ricerca della maternità. Ma si potrebbe dubitare che il riconoscimento fatto da un padre italiano in un paese straniero, la di cui legge permetta in un modo assoluto le indagini della paternità, possa essere considerato come nullo per

violenza, quando abbia avuto luogo come resultato di un procedimento giudiziale. Tanto più poi se, secondo la procedura del paese in cui fu emanata la sentenza, vi fosse una certa facilità nell' accettare le prove di paternità, in modo che la negativa di colui contro cui l' azione era diretta, sia stata illusoria, e l' italiano non abbia avuto altro mezzo per isfuggire le ingiuriose e scandalose procedure di cui era l' oggetto, che dichiararsi padre di una prole che forse non gli apparteneva. La questione è gravissima. Noi opiniamo che non debba ammettersi in tutti i casi l' azione di nullità, perchè è vero che il riconoscimento dev' essere libero, ma da ciò non siegue che esso debba essere spontaneo e che non possa essere provocato da provvedimenti giudiziali quando questi sieno permessi. Un italiano che volontariamente à avuto commercio illecito con una donna straniera in territorio straniero, deve sottostare a tutte le conseguenze giuridiche che derivano da tal fatto; e se contro sua volontà sia stato poi costretto a riconoscere suo figlio, non può essere ammesso a fondare un' azione di nullità in Italia per la sola ragione che egli fu costretto da un procedimento giudiziario. I procedimenti legalmente esercitati non si possono considerare come atti di violenza; essi furono legali nel luogo in cui si verificarono, dunque il riconoscimento non fu effetto di violenza. Noi ammettiamo una semplice eccezione, quando la procedura del luogo in cui si verificò il giudizio rendesse molto facile la prova della paternità e difficile la negativa, nel qual caso si potrebbe sostenere l' opinione contraria. In ogni modo spetta al magistrato nostro che deve rendere esecutoria la sentenza, fare il giudizio di delibazione stabilito dal nostro Codice di procedura, prima di decretarne l' esecuzione.

Nel Codice pel Cantone di Vaud noi troviamo una

saggia disposizione. L'art. 182 stabilisce: « Ogni fan-
» ciullo nato fuori di matrimonio sarà aggiudicato dal
» tribunale al padre o alla madre. » L'art. 197 dispone:
« L'azione in paternità di un cittadino del cantone con-
» tro uno straniero non sarà ammessa quand'anche lo
» straniero confessi la paternità, che quando consterà
» che l'aggiudicazione che ne seguirebbe sia valida
» anche nel paese del padre straniero. Fuori di questo
» caso il fanciullo apparterrà alla madre senza pregiu-
» dizio dell'azione d'indennità che essa potrà esercitare
» contro lo straniero. »

Gli effetti che sieguono dal riconoscimento devono determinarsi secondo la legge della patria del padre o della madre, qualora l'uno o l'altra riconosca il proprio figlio. Dei diritti successorii del figlio naturale tratteremo a suo luogo.

144. Il figlio naturale riconosciuto può essere legittimato quando si verifichino certe condizioni determinate dalla legge. Nel diritto romano antico la legittimazione propriamente detta era un'istituzione ignota; il diritto imperiale ammise due modi per legittimare i figli nati da concubinato *per subsequens matrimonium* e *per oblationem curiæ.*[1] Giustiniano ve ne aggiunse un terzo, quello *per rescriptum principis* il quale poteva essere ottenuto dal padre quando non poteva sposare la madre, o dal figlio alla morte del padre, quando questi esprimeva nel suo testamento il voto che il figlio gli succedesse come figlio legittimo.[2] La legittimazione secondo il diritto imperiale, era uno dei modi per acquistare la patria potestà e rendeva *alieni juris* i figli naturali che erano *sui juris;* essa però mutava solo la

[1] *Instit.*, § 13; *De nuptiis*, I, 10; Cod., lib. V, tit. 27, *De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis justi efficiantur.*
[2] Nov. 74, cap. 2; Nov. 89, cap. 9 e 10.

condizione del fanciullo per i suoi rapporti col padre, ma non avea alcuna specie d'influenza per i rapporti dello stesso con sua madre.

145. Quasi tutte le legislazioni moderne ammettono la legittimazione, però secondo alcune essa non può aver luogo che per susseguente matrimonio, così dispone il Codice Napoleone (*art. 331*), il belga (*art. 331*), quello di Luigiana (*art. 217*), quello del cantone di Vaud (*art. 178*). Al contrario il Codice nostro (*art. 198*), l'olandese (*art. 330*). l'austriaco (*art. 162* e legge 9 agosto 1854), il prussiano (*art. 601-604*), ammettono anche la legittimazione per rescritto reale. Secondo il Codice prussiano il figlio può essere anche legittimato: 1° con sentenza giudiziaria quando vi sia stata promessa di matrimonio (*art. 592*); 2° per dichiarazione del padre innanzi al giudice quando vi sia stata promessa di matrimonio senza celebrazione posteriore (*art. 597*); 3° dai tribunali superiori quando si tratti della legittimazione *ad delendam*, la quale è una legittimazione tutta speciale ed à per scopo di assicurare al fanciullo una posizione sociale nella quale la qualità di spurio sia d'ostacolo al suo miglioramento. In alcuni Stati l'istituzione della legittimazione è ignota. Così, per esempio, nell'Inghilterra, nell'Irlanda, nelle possessioni inglesi delle Indie occidentali ed in alcuni paesi dell'America settentrionale.

Notiamo finalmente come presso quegli Stati che ammettono la legittimazione evvi una differenza circa i figliuoli che possono essere legittimati; così, per esempio il Codice nostro vieta di legittimare i figli che non possono essere riconosciuti (*art. 195*), cioè i figli adulterini, e quelli nati da genitori fra i quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela e di affinità in linea retta in infinito ed in linea collaterale nel

secondo grado (*art. 180*). Anche per diritto romano i soli figli nati da concubinato che avevano un padre naturale conosciuto potevano essere legittimati, non già gli spurii, gli adulterini e gl'incestuosi. Le disposizioni di diritto positivo circa la forma della dichiarazione del padre e le conseguenze giuridiche che dalla legittimazione derivano, sono diverse secondo le diverse leggi.

*146. Dovendo determinare la legge che deve regolare la legittimazione e le conseguenze giuridiche che ne derivano, noi possiamo fare diverse ipotesi, o che il figlio sia nato nella patria del padre ove seguì il matrimonio, e che voglia far valere il suo stato di legittimato nella patria della madre ove non sia permessa la legittimazione: o che il figlio sia nato nel luogo in cui era domiciliato il padre, e che questi si unisca ivi in matrimonio: o che il fanciullo sia nato in un luogo in cui era permessa la legittimazione, e che il matrimonio segua in un luogo in cui questa non sia permessa.

Le opinioni degli scrittori sono diverse, alcuni, e tra questi il Savigny ed il Rocco,[1] dicono che si deve tener conto della legge del domicilio del padre nel tempo in cui seguì il matrimonio. Noi non dividiamo tale opinione perchè nel sistema da noi seguito, i rapporti di famiglia devono esser regolati dalla legge della nazione del marito, non da quella del luogo ove egli à il domicilio. Ammettendo l'opinione del Rocco ne seguirebbe che uno, italiano o francese, il quale avesse generato un figlio naturale nella sua patria coll'intenzione di unirsi in matrimonio colla madre, se fosse domiciliato a Londra

[1] Savigny, *Traité du droit romain*, § 380, p. 534; Rocco, op. cit., parte 1ª, cap. 23. Vedi pure Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, chap. 24, § 122; Hertius, *De collisione legum*, t. I, § 4; Froland, *Mémoires*, ch. 5, § 4; Boullenois, *Observ.*, 4, p. 62; T. Voet, *Comment. ad Pand.*, l. 1, tit. 4, nº 7, p. 40.

quando si unisce in matrimonio, non potrebbe dare a suo figlio lo stato di figlio legittimato, perchè la legge inglese non ammette la legittimazione per susseguente matrimonio. Ma a qual titolo si applicherebbe la legge inglese per determinare i rapporti di tale individuo con suo figlio, se la famiglia segue la condizione del marito e del padre, e questi, benchè domiciliato a Londra, è sempre italiano o francese?

Lo Schaeffner si esprime così: « La possibilità ad » essere legittimato à anche essa stessa per condizione » la nascita del fanciullo, e perciò è necessario per que- » sto come per ogni altro rapporto giuridico tener conto » del suo cominciamento; quindi le leggi del luogo in » cui la nascita del fanciullo si è avverata, devono de- » cidere esclusivamente se egli possa essere legittimato » per susseguente matrimonio. »[1]

147. Noi non accettiamo questa opinione, quantunque sanzionata anche dai tribunali inglesi.[2] Il luogo di nascita può essere un fatto assolutamente accidentale. Dal momento della nascita deve ad ogni modo esistere una relazione giuridica certa e determinata tra il fanciullo e il suo genitore, secondo la quale si deve valutare se vi sia possibilità o impossibilità di legittimazione per susseguente matrimonio. Noi abbiamo dimostrato che il figlio naturale riconosciuto segue la condizione di suo padre: ora se dall' istante del riconoscimento i rapporti naturali tra il figlio ed il padre diventano rapporti giuridici, è secondo la legge della patria del padre che deve decidersi se il figlio per il matrimonio susseguente delle persone dalle quali egli nacque, possa essere legittimato, e in quali circostanze ciò possa verificarsi.

Molto meno poi sarebbe giustificabile l' opinione

[1] *Diritto intern. priv.*, § 37.
[2] Story, *Conflict of Law*, § 87; Burge, I, p. 102.

dei giuristi antichi i quali vorrebbero dar la preferenza alla legge del luogo in cui fu celebrato il matrimonio: *Porro non tantum ipsi contractus ipsæque nuptiæ certis locis rite celebratæ ubique pro justis et validis habentur, sed etiam jura et effecta contractuum et nuptiarum in iis locis recepta ubique, vim suam obtinebunt.*[1] Questa dottrina sostenuta pure dalla Camera dei Lords in Inghilterra[2] noi la rigettiamo assolutamente perchè la legge del luogo della celebrazione è solo applicabile per le questioni di forma e di solennità estrinseche.

La legittimazione si fonda in generale sopra la finzione giuridica che il fanciullo sia stato concepito prima del matrimonio, ma col pensiero del matrimonio futuro: è perciò che quantunque la legittimazione non à effetto retroattivo, vale a dire che non risale nè al giorno del concepimento nè a quello della nascita del figlio legittimato, pure per giuridica finzione la nascita si congiunge al matrimonio, e prende data e produce le conseguenze giuridiche che vi sono annesse a partire dal matrimonio. Non v'à dubbio che questa istituzione sia stata introdotta nell'interesse del fanciullo, e che importi una notabile mutazione di stato, perchè fa acquistare al figlio naturale riconosciuto il titolo e la condizione di figlio legittimo *justi legitimi efficiuntur*. Nessun'altra legge dunque si deve applicare che quella della patria del padre, che regola il matrimonio e le conseguenze giuridiche che da esso derivano, e che deve regolare lo stato del figlio naturale riconosciuto.

Troviamo una decisione perfettamente conforme al nostro parere. Un certo Du Quesnay di Piccardia ed una certa Giovanna Peronne Dumoy di Fiandra

[1] Huberus, *De conflictu legum*, l. 1, tit. 5, § 9.

[2] Story, § 93e; Burge, *Comment., On colonial and foreign Law*, parte 1ª cap. 3, § 5.

avevano procreato in Francia un figlio naturale. I genitori andarono poscia a stabilirsi in Inghilterra ed ivi si unirono in matrimonio. Sorse questione se il figlio naturale si dovesse considerare legittimato per la Francia e se potesse succedere nei beni lasciati in Francia da suo padre. Fu deciso che il fanciullo non poteva perdere la sua capacità originaria ad essere legittimato e che della legge del luogo della celebrazione del matrimonio si dovea tener conto quando si trattasse solamente delle solennità ad esso necessarie.[1]

148. La legge stessa che regola la legittimazione è quella che secondo noi deve applicarsi per determinare le conseguenze giuridiche che ne derivano non solo pei diritti che acquista il padre rispetto al figlio, ma anche per quelli che acquista il figlio sui beni del padre. Tale opinione è contradetta da valenti giureconsulti i quali sostengono che pei diritti reali che possono derivare dalle qualificazioni personali, deve applicarsi esclusivamente la *lex rei sitæ*. Il Voet, il Tommasio, il Casaregis, il Borgundio, i tribunali inglesi accettano questa dottrina.[2] In Italia è sostenuta, tra i moderni, dal Rocco il quale cita in conferma una sentenza della Gran Corte Civile di Napoli.[3]

Il Rocco ammette la distinzione tra statuto personale e statuto reale, e dice che: « si deve indagare il magi-
» sterio particolare dell'uno e dell'altro statuto per
» definire quale di essi debba prevalere. La legittima-
» zione determina un attributo ed una qualificazione
» della persona e a nessun'altra potestà si attiene di

[1] F. T. De la Goestiere, *Journal des principales audiences du Parlement*, tomo III, l. 2, c. 17.

[2] Voet (I.) *Ad Pand.*, l. 1, tit. 4, n° 7; Tommasio, *Addizione alle prelezioni di Huber*, *De conflictu legum*; Casaregis, *Stat. civitat. Genuæ* (*De successione ab intestato*). Burgundus, tract. 1, n° 8, 10, 25, 26.

[3] Rocco, op. cit., cap 23 e 19, parte 1a.

» concederla, che a quella del luogo in cui à il suo
» domicilio la persona, perchè essa è una necessaria
» dipendenza dello statuto personale; ma gli effetti de-
» rivanti da essa circa i beni ànno un intimo rapporto
» collo statuto reale e devono dipendere dalla legge del
» luogo in cui i beni esistono. Perciò per decidere se
» un tale abbia la qualità di figlio legittimato bisogna
» ricorrere alla legge del suo domicilio. Qualificato
» così secondo quella, per definire i diritti reali che
» ne derivano e la misura di questi diritti, bisogna
» ricorrere alla legge della situazione dei beni. Insomma
» la legge del domicilio dà al legittimato l'attitudine
» giuridica a fruire del diritto di successione, e lo sta-
» tuto della situazione dei beni il conferisce realmente
» e ne governa le condizioni concrete. »[1]

È però da osservare che la legittimazione non deve considerarsi come uno stato astratto ed una pura qualificazione giuridica, ma come uno stato da cui derivano certi effetti reali inseparabili da esso medesimo. La legittimazione non toglie solamente la macchia della nascita, ma muta la condizione del figlio naturale, il quale per giuridica finzione è equiparato al figlio legittimo, come se fosse nato durante il matrimonio: *justi legitimi efficiuntur*. Ammesso che lo stato della persona dev'essere determinato dalla legge nazionale di ciascuno, che la persona à secondo la legge della sua patria lo stato di figlio legittimo e in conseguenza certi diritti sui beni di suo padre, ne siegue che come lo stato dev'essere riconosciuto dovunque, così devono essere anche rispettati i diritti che vi sono annessi.

Noi non ammettiamo il concetto della realità secondo la vecchia scuola, ed opiniamo che la legge stessa

[1] Pag. 176 a 178, edizione di Livorno.

che regola i rapporti reciproci dei membri della famiglia deve regolare i diritti degli stessi sul patrimonio familiare ovunque questo sia situato, purchè non ne sia offesa la legge territoriale e l'economia della proprietà. Del resto come il più importante diritto che dalla legittimazione deriva è quello di potere succedere nei beni del padre, noi tratteremo più largamente la quistione a suo luogo. [1]

149. Si è disputato se la legittimazione ***per rescriptum principis*** debba essere efficace dovunque come quella ***per subsequens matrimonium***. Alcuni scrittori sostengono che la legittimazione acquistata in virtù di un privilegio concesso dalla sovrana autorità non può valere che nel territorio in cui comanda il sovrano che conferì il beneficio. [2] Noi però confortati dall'autorità del giureconsulto napolitano [3] opiniamo che secondo la legge personale deve decidersi se il figlio sia spurio, naturale, legittimo, o legittimato, e che dovunque dev' esser riconosciuto lo stato di ciascuno quale è stabilito dalla sua legge. Se secondo la legge della patria dell'individuo la legale finzione per la quale ***justi legitimi efficiuntur*** può essere l'effetto di un rescritto del principe, quegli che acquistò lo stato di figlio legittimo per un atto della sovrana autorità dev'essere come tale riconosciuto anche altrove, non perchè il sovrano abbia autorità in paese straniero, ma perchè lo stato della persona dev' essere riconosciuto dovunque.

[1] De Chassat, *Des statuts*, § 219.
[2] Rocco, parte 1ª, cap. 25.
[3] Vedi libro II, sez. 3ª.

CAPITOLO X.

Dell' adozione.

150. Carattere dell' adozione nei tempi moderni. — 151. Si esamina la questione se lo straniero possa adottare ed essere adottato. — 152. Adozione del figlio naturale di uno straniero. — 153. Effetti che derivano dall' adozione. — 154. Si esamina la questione se l' adottato acquisti la nazionalità dell' adottante.

150. L' adozione è un atto giuridico solenne, mediante il quale si stabilisce fra due persone un rapporto meramente civile analogo a quello che risulta dalla paternità e dalla filiazione legittima. Noi troviamo questa istituzione fino da tempi antichissimi presso gli Egizi, i Greci ed i Romani.[1] Questi soprattutto ricorsero frequentemente all'adozione per più ragioni: principalmente per perpetuare il proprio nome in mancanza di figli, e per mantenere il culto domestico dei *sacra privata*. Essi ammisero due specie di adozione, una per le persone *alieni juris*, e l' altra per le persone *sui juris*, distinguendole col nome di adozione propriamente detta, e di arrogazione.[2] Negli Stati moderni il carattere di questa istituzione si è notabilmente modificato; essa però è riconosciuta dalla maggior parte delle legislazioni, specialmente dopo che la Francia introdusse l'adozione propriamente detta (1792), quasi sconosciuta prima della rivoluzione.[3]

[1] Grenier, *Disc. histor. sur l'adoption*.
[2] *Instit. de adoptionibus*, lib. I, tit. 11. Dig. *De adoptionibus et emancipationibus*, lib. 1, tit. 7.
[3] Confr. *Nouveau Denizart*, t. I, voce *Adoption*, § 3, n° 1; Merlin, *Répert*, voce *Adoption*, § 1; Décret 25 janvier 1793.

Esaminiamo ora qual sia la legge secondo cui debbono determinarsi le condizioni, le solennità, gli effetti giuridici dell'adozione, e se da questa derivi mutamento di nazionalità nell'adottato.

L'adozione si deve considerare come una convenzione posta in essere mediante il consenso dell'una e dell'altra parte interessata, dalla quale deriva una mutazione di stato. Per tutto ciò che si riferisce alla capacità attiva e passiva dell'adottante e dell'adottato si deve tener conto esclusivamente della legge della patria di ciascuno. Vi sono infatti alcuni Stati che non permettono l'adozione, come, per esempio, l'Inghilterra e i possedimenti retti dalla *Common Law*, gli Stati Uniti di America, l'Olanda, il Cantone di Vaud, la Luigiana, ecc. Altri permettono l'adozione e l'arrogazione come è negli Stati retti dal diritto romano e dal Codice di Baviera (P. 1ª, cap. IV, 10–11). Altri permettono l'adozione sotto certe condizioni. Così, per esempio, il Codice italiano (*art. 202*) permette l'adozione alle persone dell'uno e dell'altro sesso, le quali non abbiano discendenti legittimi o legittimati, abbiano compiuto 50 anni, e superino almeno di 18 anni l'età di coloro che intendono di adottare. Il Codice francese (*art. 343*) richiede che l'adottato sia maggiorenne e che l'adottante lo superi in età di 15 anni. Il Codice austriaco (*art. 178*), il prussiano (*art. 668*) ed il bavarese proibiscono l'adozione a quello che à fatto voto solenne di celibato, e l'ultimo di essi toglie l'esercizio di questo diritto alle donne (*art. 10–11*).[1]

*151. Alcuni scrittori stabiliscono come regola generale che lo straniero non abbia la capacità attiva e passiva per adottare o essere adottato, perchè lo scopo

[1] Antoine de saint Joseph, *Codes étrangers*.

di questa istituzione è di creare rapporti meramente civili di paternità e di filiazione ad imitazione della natura, e comecchè la si deve considerare come un privilegio che deriva dalla legge, non possono fruirne che i soli cittadini. Tale opinione è sostenuta da molti giureconsulti francesi per le adozioni di stranieri in Francia [1] ed è stata sanzionata dalla Corte di Cassazione di Parigi. [2] Le principali ragioni addotte sono, che essendo l'istituzione dell'adozione un beneficio accordato dal Codice civile, non può essere invocato che da quelle persone che godono i diritti civili: e, come il condannato alla morte civile non potrebbe validamente adottare, così lo straniero che non sia nei casi eccezionali preveduti dagli articoli 11 e 13 del Codice Napoleone, non à la capacità attiva o passiva per l'adozione. Il Demolombe osserva ancora, che dall'adozione siegue il diritto di successione a vantaggio dell'adottato, e benchè la legge del 14 luglio 1819 abbia concesso agli stranieri la facoltà di succedere in Francia, pure considerando che dall'adozione non rdevai una semplice indicazione di erede, ma un'istituzione tutta speciale permessa dalle leggi civili, gli stranieri non possono parteciparne senza che una concessione espressa o tacita abbia loro comunicato un tal beneficio. [3]

Per quello che si riferisce alla questione generale osserviamo che presso i Romani era ragionevolmente proibito di adottare uno straniero o di essere addottato, perchè non era possibile alcuna parentela civile o *agnatio* tra un cittadino romano e un peregrino, e oltracciò

[1] Delvincourt, t. I, p. 417; Merlin, *Quest.*, voce *Adoption*; Duranton, n° 287; De Chassat, n° 225; Foelix, n° 36; Marcadè, art. 346; Dalloz, voce *Adoption*, n° 111.

[2] Cassazione francese, 5 août 1823 (Dugied; Sirey, 1825, I, 333), 7 juin 1826 (Canillac; Sirey, 1826, I, 330).

[3] Demolombe, *Adoption*, n° 48; *Publication des lois*, n° 245.

l'adozione era un mezzo per acquistare la patria potestà, diritto esclusivo del cittadino romano, a cui non potevano partecipare gli stranieri, e la forma della triplice *mancipatio* e della *cessio in jure*,[1] richiesta prima di Giustiniano per l'adozione propriamente detta, non era permessa ai peregrini. Nei tempi moderni, studiando le modificazioni che à subìte questa speciale istituzione, noi non troviamo ragioni per impedire agli stranieri di goderne.

L'adozione infatti è un rapporto giuridico essenzialmente consensuale che si pone in essere per il concorso di due volontà delle quali l'una è diretta ad assumere la qualità di padre, l'altra ad accettare quella di figlio adottivo. Alcune leggi come, per esempio, il Codice prussiano (*art. 714*), dispongono formalmente che l'adozione possa essere rivocata col consenso delle parti interessate e colla sanzione del tribunale superiore: il nostro Codice tace. Che se può discutersi sulla revocabilità dell'adozione per consenso delle parti, è non per tanto incontrastabile che la natura propria di tale istituto è quella di una convenzione consensuale, e che non può essere di ostacolo la differenza di nazionalità tra l'adottante e l'adottato.

Non intendiamo discutere la quistione speciale delle adozioni in Francia; vogliamo notare che quantunque gli stranieri non abbiano ivi il godimento di tutti i diritti civili come i Francesi, sono tuttavia ammessi a godere tutti i diritti civili che la legge loro non proibisce; e poichè tra i requisiti richiesti dal Codice Napoleone per adottare o essere adottato non si trova quello di essere cittadino della stessa patria, si può sostenere che lo straniero abbia in Francia la capacità di adottare.

[1] Gaio, I, § 134; Ulp., VIII, 5; X, 1; Aulo Gellio, lib. V, cap. 19.

Questa è pure l'opinione di valenti giureconsulti come il Vallette, lo Zaccaria, il Dragoumis, il Demangeat,[1] fra i quali quest'ultimo dice bene a ragione come il sostenere oggi che il contratto di adozione non possa aver luogo tra un francese e uno straniero, è una teoria in appoggio della quale è impossibile portare altro che parole e formole vuote di senso. Se una straniera può godere tutti gli effetti civili maritandosi ad un francese, e se i rapporti di paternità e di filiazione possono derivare dal matrimonio e dall'adozione, non vi è ragione per proibire il secondo modo agli stranieri, mentre la legge non lo à espressamente dichiarato. In ogni caso se si vuole in Francia discutere dell'efficacia delle adozioni nella persona di uno straniero, in Italia ogni questione è eliminata dall'art. 3, del Codice civile che concede allo straniero di godere tutti i diritti civili attribuiti ai cittadini.

Ammettiamo altresì che quand'anche l'adottante e l'adottato siano stranieri e di paese diverso, non possa essere loro impedito di fare l'atto solenne di adozione in Italia, purchè però essi sieno capaci secondo le leggi della loro patria, e uno di essi abbia il suo domicilio nel regno per stabilire la competenza del nostro magistrato. L'adozione infatti per tutto quello che attiene alla sua ragione di rapporto consensuale può sussistere in qualunque Stato la di cui legge riconosca tale istituto. Certamente un inglese domiciliato in Italia non potrebbe adottare, perchè tale rapporto sarebbe inefficace secondo la legge della sua patria; ma un francese può benissimo adottare un austriaco, quando si verifichino le condizioni richieste dalla legge francese ed au-

[1] Vallette, *Sur Proudhon*, t. I, p. 477; Zaccaria, § 78; Demangeat, *Condition civile des étrangers en France*, p. 362 e la nota *a* sul nº 36 del Foelix; Dragoumis, *Condition de l'étranger en France*, p. 37.

striaca per la capacità di ciascuno di essi. Per la forma dell'adozione si deve applicare il principio generale *locus regit actum.*

152. *Quid juris* nel caso che uno straniero domiciliato in Italia volesse adottare un figlio naturale riconosciuto? Nel sistema del nostro Codice civile la quistione non presenta alcuna difficoltà, ed è risoluta testualmente dall'art. 205, che vieta di adottare i figli nati fuori di matrimonio. Il nostro legislatore che permette la legittimazione per seguente matrimonio, e per rescritto reale, e che considera l'adozione come un mezzo per creare per finzione i rapporti di paternità o filiazione, proibisce ragionevolmente di adottare il figlio naturale, secondo scrisse Cujacio: *adoptio est actio legis qua* QUI FILIUS MEUS NON EST *ad vicem filii redigitur.* Ma innanzi al Codice francese la quistione è una delle più importanti dal punto di vista giuridico e sociale. Pareva che la giurisprudenza avesse definita valida l'adozione del figlio naturale, perchè quindici Corti imperiali su diciannove avevano sanzionato tale adozione, e la Corte di cassazione confermando la decisione della maggioranza delle Corti imperiali decretò che il Codice Napoleone non si oppone all'adozione del figlio naturale.[1] Posteriormente la stessa Corte ritrattando la sua dottrina dichiarò tale adozione proibita,[2] e finalmente tornò a giudicare che l'adozione del figlio naturale riconosciuto è permessa.[3] Senza allungarci a discutere la quistione innanzi a questa o a quella legge positiva, noi ci contenteremo di notare che quando nel luogo in cui si vuole adottare, esiste una legge assoluta e proibitiva che impedisce l'adozione del figlio naturale, lo straniero si deve uniformare,

[1] 28 avril 1841, Boirot, Dev. 1841, I, 273.
[2] 16 mars 1843, Thoreau, Dev. 1843, I, 177.
[3] 1 avril 1846, Bouleau, Dev. 1846, I, 273.

qualunque sia la legge della sua patria, perchè tale disposizione si deve considerare ordinata a tutelare la moralità pubblica e i buoni costumi, ed obbligatoria per i cittadini e per gli stranieri.

È disputabile altresì se un prete straniero possa divenire padre adottivo in Italia. Il Codice austriaco (*art. 179*), il prussiano (*art. 670*), e il bavarese (*art. 10*) proibiscono l'adozione a quelli che ànno fatto voto di celibato, ma in Francia si è discussa vivamente la quistione, e pare che l'opinione prevalente sia che il prete possa essere padre adottivo, perchè nelle leggi civili, nelle leggi organiche del concordato e nei canoni della Chiesa sanzionati dal legislatore, non vi è alcuna disposizione che lo proibisca.[1]

Ad ogni modo è da ritenere che al prete straniero, quando la sua legge nazionale non si opponga, debba esser permessa l'adozione in Italia, tanto più perchè la giurisprudenza nostra à deciso che al prete cattolico non può essere impedito il matrimonio civile.

153. Per i diritti che derivano dalla paternità e dalla filiazione adottiva e per tutti i rapporti giuridici dell'adottato con l'adottante e la famiglia di questo si deve applicare la legge nazionale dell'adottante, mentre per regolare i diritti e gli obblighi tra l'adottato e la sua famiglia naturale deve applicarsi la legge nazionale dell'adottato. Così, per esempio, se un coniuge adottasse senza il consenso dell'altro coniuge, e l'adottante fosse un francese, l'adozione potrebbe essere annullata perchè l'art. 344 del Codice Napoleone dispone che nessun coniuge può adottare senza il consenso dell'altro; ma se l'adottante fosse un prussiano, l'adozione sarebbe valida perchè il Codice prussiano dispone (*art. 676*) che se il marito adotti

[1] Dalloz, voce *Adoption*, n° 99; Demolombe, *Traité de l'adoption*, n° 54; Cassazione francese, 26 nov. 1844 (Nouel) Dev. 1844, 1, 801.

senza il consenso della moglie, l'adozione sarà considerata non esistente solo per i diritti della moglie nella successione del marito, e l'adottato sarà, riguardo all'altro coniuge, come il figlio di un altro letto (*art. 686*). Se l'adottato fosse un italiano minore non emancipato, il suo padre naturale conserverà la patria potestà fino ai 21 anni, perchè nel sistema del nostro Codice non pare che l'adozione conferisca la patria potestà all'adottante, e d'altra parte l'art. 212 dispone che l'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia naturale.

154. Una delle quistioni che si può elevare circa gli effetti che possono derivare dall'adozione è se l'adottato acquisti la nazionalità del padre adottivo. Tale quistione è dottamente discussa dal Rocco, e noi dividiamo la sua opinione.

Nel diritto positivo non troviamo principii certi per togliere qualunque controversia, perchè tra i modi coi quali si acquista o si perde la nazionalità nessuna legislazione à annoverato l'adozione. Da una parte, considerando che l'adozione è un'imitazione della natura e che crea per giuridica finzione i rapporti di paternità e di filiazione; che il figlio legittimo siegue la condizione del padre ed acquista per diritto di nascita la sua nazionalità; che la moglie siegue la condizione del marito in modo che la legge nazionale del marito diventa la legge sotto cui civilmente vive tutta la famiglia; che sarebbe un grave inconveniente che membri appartenenti alla stessa famiglia avessero nazioni diverse, lo che importerebbe in certi casi doveri politici contrarii ed opposti; sembra che dovrebbe ammettersi per rendere l'imitazione più completa che l'adozione importi il cambiamento di nazionalità dell'adottato. Ma d'altra parte considerando che secondo lo spirito delle legislazioni moderne l'acquisto e la perdita della nazionalità

può dipendere solo dalla libera volontà dell'individuo, perchè la nazionalità è un diritto eminentemente personale di cui nessun altro può disporre che la persona stessa; che al figlio legittimo e alla donna maritata si conferisce il beneficio della nazionalità paterna perchè questa si considera presuntivamente eletta da loro stessi; che per gli effetti civili che sieguono dall'adozione non è tanto necessario che il figlio adottivo acquisti la stessa nazionalità del padre da far dipendere il mutamento di nazionalità *ipso jure ipsoque facto* dall'adozione, perciò è nostro avviso che il figlio adottivo conservi la sua nazionalità di origine, finchè non dichiari liberamente di volere scegliere quella di suo padre.[1]

Il Rocco però opina che l'adozione conferisca un diritto imperfetto alla nazionalità paterna e che per sostituire alla patria nativa la patria adottiva non sieno necessarie le forme ordinarie della naturalizzazione, ma che debba bastare di fare la dichiarazione innanzi all'ufficiale dello stato civile e trasferire il domicilio nel regno. L'imitazione della natura, dice egli, sarebbe troppo imperfetta se non si facilitasse l'omogeneità della vita privata e della vita politica.[2]

[1] Confr. Foelix, n° 36, *Droit international privé*, e la nota (a) del Demangeat.

[2] Rocco, parte 1ª, cap. 17

CAPITOLO XI.

Della patria potestà.

155. La patria potestà nel più largo significato di questa espressione comprende il complesso dei diritti che appartengono al padre ed alla madre, sulla persona e sui beni dei loro figli e nipoti. Nel significato più ristretto e giuridico essa dinota i diritti e doveri che la legge conferisce al padre e alla madre sulla persona e sui beni dei loro figli minori non emancipati. Noi ci occuperemo della patria potestà nel senso più ristretto, investigando qual'è la legge che deve regolare gli effetti giuridici che da essa derivano.

Stimiamo opportuno il premettere che l'istituzione della patria potestà nella maggior parte delle legislazioni degli Stati moderni à perduto il carattere di rigorosa padronanza che avea nella legislazione romana. Essa non à nulla che rassomigli all'antico dominio quiritario, in virtù del quale il padre disponeva della persona e dei beni del figlio,[1] nè corrisponde a quel potere esorbitante, che

[1] *C. de patria potestate*, 8, 47, Aulo-Gellio, V, 19.

giusta la legislazione giustinianea apparteneva ai soli cittadini romani,[1] ma si considera come un' autorevole tutela organata dalla legge nell' interesse del fanciullo per custodire la moralità e l' ordine nella famiglia. Notiamo però che le disposizioni di diritto positivo sono diverse secondo il diverso concetto del potere domestico, della personalità giuridica della donna, della maggiore o minore ricompensa che si è voluto accordare al padre per la cura che à dell' educazione del figlio, e del maggiore o minore bisogno dell' assistenza paterna.

• 156. Come regola generale poniamo che la patria potestà deve dipendere unicamente dalla legge nazionale della famiglia. Essa infatti si fonda sui rapporti di paternità o di maternità e di filiazione, o naturali, o risultanti da una finzione giuridica: quindi la stessa legge che regola questi rapporti deve regolare l' acquisto della patria potestà, e la persona cui ne è dato l' esercizio.

Le disposizioni di diritto positivo variano sotto questo rispetto. Secondo il diritto romano per acquistare la patria potestà e per poterne godere occorreva essere cittadino romano *sui juris*, ed avere la paternità derivante da *justæ nuptiæ:* la madre non aveva patria potestà sopra i figli. La quale disposizione si trova nei paesi retti dal diritto scritto, nel Codice austriaco e nel Codice di Baviera (L. 1, C. V, nº 1), mentre nel diritto consuetudinario la patria potestà fu conferita anche alla madre, colla restrizione che il padre solo era chiamato ad esercitarla durante il matrimonio, e così è pure secondo il Codice Napoleone (*art. 371-73*), l' olandese (*art. 335*) e l' italiano (*art. 220*).

157. Anche per la durata della patria potestà è ne-

[1] *Ist.*, § 2, *De patria potestate*. 1, 9, Gaius, *Comment.*, 1, § 55.

cessario tener conto unicamente della legge nazionale del padre. Secondo il diritto romano essa cessava colla morte, colla perdita della cittadinanza, e della libertà di colui cui essa apparteneva, ovvero quando la persona sottomessa era investita di certe funzioni sacre, o dichiarata *sui juris* mediante l'emancipazione, o adottata,[1] o relativamente alla donna quando questa passasse *in manu viri per coemptionem.*[2] Secondo il nostro Codice essa cessa colla morte naturale di ambedue i genitori, per condanna penale o per assenza (*art. 241*) e dura fino all'età maggiore (21 anni) o all'emancipazione (*art. 220*); la quale o siegue di diritto col matrimonio del minore (*art. 310*) o per volontà del genitore quando il figlio abbia compito 18 anni (*art. 311*). Disposizioni quasi conformi si trovano nel Codice Napoleone (*art. 372, 476-77*) e nell'olandese (*art. 354, 480*). Al contrario secondo il Codice di Baviera la patria potestà si esercita dal padre sui figli e discendenti dei figli, finchè il padre dei discendenti non sia emancipato.

Secondo il Codice prussiano la patria potestà cessa quando il figlio, essendo maggiore, abbandoni la casa paterna o eserciti un impiego pubblico, ma essa continua ad esistere anche quando il figlio si marita, se non à uno stato particolare e distinto (*art. 210*). L'emancipazione non può essere consentita che quando il figlio abbia 20 anni; l'emancipato in questo caso non può disporre dei suoi beni immobili. Secondo il Codice austriaco la patria potestà cessa all'età maggiore del figlio (24 anni compiti), o col consenso del padre autorizzato dal tribunale, o coll'emancipazione che può aver luogo a 20 anni (*art. 174, 247 a 252*). Date certe circostanze la patria potestà può essere sospesa (*art. 176*).

[1] *Ist.*, *Quibus modis jus patriae potest. solv.*, 1, 12.
[2] Gajus, *Comment.*, 1, § 136 in fine.

Nonostante tanta varietà di disposizioni di diritto positivo nessuno vorrà disconoscere che tale istituto giuridico sia organato da ciascuna legislazione in modo da subordinare tutti i diritti del padre al dovere che esso à verso la prole, e come tutore naturale, e come educatore. Esso rivela gli usi e il carattere dei diversi popoli congiungendosi strettamente col sistema di legislazione da cui ciascuno è governato, e perciò non può essere regolato da altra legge che da quella della nazione del padre.

158. Coloro che si sforzano di combattere questa opinione sostenendo che debba applicarsi la legge del domicilio, mettono in non cale la natura ed il carattere di tale istituzione e danno luogo ad innumerevoli equivoci. Di quale domicilio infatti intendono essi parlare? Alcuni dinotano il domicilio di nascita del fanciullo, perchè sotto quella legge cominciano ad essere i rapporti di paternità e di filiazione, ma se ciò si ammettesse, ne seguirebbe che se i figli fossero nati in luoghi diversi, l'unità del regime familiare sarebbe frazionata e scissa, e la patria potestà regolata da leggi diverse. Uno sarebbe *sui juris* a 21, l'altro a 25 anni; e per contrattare con due fratelli sarebbe necessario di domandare loro la fede di nascita. Altri ànno detto che si deve tener conto unicamente della legge del domicilio matrimoniale. Ma gl'inconvenienti non spariscono, perchè può accadere che il padre muti il domicilio matrimoniale, e se si suppone che alcuni figli siano nati nel primo domicilio e altri nel secondo, ne seguirebbe la stessa confusione. Oltrechè a qual titolo, se una famiglia italiana trasporti il domicilio matrimoniale nel Tirolo austriaco o nel Cantone Ticino, si applicherà la legge austriaca o quella del Cantone per determinare i diritti di un padre italiano su suo figlio, che è puro italiano, e che sono entrambi sotto la prote-

zione della legge nostra? Notiamo in fine che lo stato del figlio di famiglia sarebbe sempre oscillante e che se il padre volesse lucrare un diritto maggiore sulla persona e sui beni del suo figlio lo potrebbe con un semplice trasferimento di domicilio. Lo stesso Boullenois nell' esporre questa dottrina, la quale si complica sempre più quando si vogliono distinguere i diritti acquistati nell' antico domicilio e quelli che cominciano ad essere nel nuovo, esclama con ragione *quel affreux mélange! quel embarras!* [1]

159. Per gli effetti poi che derivano dalla patria potestà noi stimiamo indispensabile di fare qualche distinzione. Essi possono distinguersi in effetti relativi alla persona, e relativi ai beni. I primi si possono suddividere in due categorie, quelli cioè che derivano dall' assistenza che deve prestare il padre come tutore legale della persona del figlio, tali sono, per esempio, le disposizioni del nostro Codice: « Il figlio che vuole contrarre matrimonio ha bisogno del consenso dei genitori (*art. 63*). Il genitore superstite può nominare un tutore al figlio per atto notarile (*art. 242*). Il figlio che vuol farsi adottare à bisogno del consenso dei genitori (*art. 208*) ec. » e le disposizioni analoghe degli altri Codici. Questi effetti devono essere regolati dalla stessa legge nazionale del padre.

160. L' altra categoria comprende i diritti che à il padre sulla persona del figlio correlativi all' obbligo che incombe a questi di ubbidire. Questi essendo ordinati a regolare la disciplina della famiglia e l' esercizio del potere domestico devono essere regolati dalla legge del luogo in cui il padre à il domicilio attuale.

Le disposizioni di diritto positivo sono infatti molto

[1] *De la personnalité et réalité*, t. II, p. 35.

diverse. Il Codice italiano concede al padre che non arriva a correggere i traviamenti del figlio il diritto di allontanarlo dalla famiglia assegnandogli secondo i proprii mezzi gli alimenti necessarii, e ricorrendo ove sia d'uopo al presidente del tribunale per collocarlo in un istituto di educazione o correzione che reputi più adatto a correggerlo (*art. 222*). Il Codice Napoleone concede al padre la facoltà di fare arrestare il figlio, il quale ordine di arresto secondo le circostanze può essere o reclamato per via di autorità, e rilasciato senza cognizione di causa dal presidente del tribunale; o domandato per via d'istanza, e accordato o negato con cognizione di causa dal presidente del tribunale, sentito il parere del procuratore del re (*375, 378*). Il Codice olandese à disposizioni analoghe (*art. 357*); l'austriaco fa intervenire l'autorità solo per obbligare il figlio a rientrare nella casa paterna, e affida al padre il potere di correggerlo, ma con moderazione (*art. 145*). Il prussiano dà al padre la facoltà di correggere il figlio con mezzi non nocivi alla salute *modicis virgis* (*art. 86*), e di reclamare quando sia necessaria l'assistenza del tribunale di tutela. Per potere poi far chiudere il figlio in una casa di correzione richiede l'autorizzazione del Ministro della giustizia o quella del re (Ordinanza dell'11 marzo 1806).[1]

161. Lo straniero che dimora in Italia non può avere altro diritto di correzione che quello accordatogli dall'art. 222 del nostro Codice civile. Egli invocherebbe invano le leggi della sua patria per esercitare più ampii poteri. L'art. 11 del nostro Codice civile stabilisce chiaramente che le leggi di polizia e sicurezza pubblica obbligano tutti coloro che si trovano nel territorio del regno. Per leggi di polizia non si intendono sola-

[1] Antoine de saint Joseph, *Codes étrangers*.

mente quelle sanzionate per mezzo della repressione penale, ma tutte le leggi proibitive o imperative che ànno per oggetto la sicurezza delle persone e della proprietà e il mantenimento del buon ordine. Quindi le leggi di diritto civile che regolano la potestà dei padri, delle madri o dei tutori sui loro figli o pupilli, come quelle che regolano la potestà del marito sulla moglie o che impongono a certe persone l'obbligo degli alimenti, sono leggi di polizia che obbligano tutti quelli che dimorano nel territorio, e non possono essere violate in virtù di una legge straniera.

162. Circa gli effetti della patria potestà relativamente ai beni del figlio di famiglia, notiamo che secondo l'antico diritto romano i figli di famiglia erano incapaci di acquistare alcuna proprietà;[1] essi costituivano col padre una sola persona e quindi tutti i diritti patrimoniali erano concentrati nella persona del *pater familias*. Queste rigorose massime furono modificate nei tempi dell'impero coll'introdurre i peculii castrense e quasi-castrense e più ancora quando Costantino istituì il peculio avventizio[2] di cui un primo esempio si era verificato governando Adriano.[3] Da quest'epoca il padre non fu chiamato più ad acquistare la proprietà di tutti i beni del figlio, anzi del peculio avventizio dinotato con la frase *bona quæ patri non adquiruntur,* il padre ebbe solo qualche profitto durante la vita, e nei casi ordinarii l'usufrutto e l'amministrazione. Questi principii sono stati con qualche modificazione accettati da parecchie legislazioni moderne, le quali, dichiarando il padre rappresentante legale dei figli nati e nascituri per

[1] *Instit., De inutil. stipulat.*, III, 19.

[2] Dig., *De peculio*, XV, 1; *De castrensi peculio*, XLIX, 17; *Cod. de mater. bon.*, VI, 60; *Cod. de bonis quæ liberis*, VI, 61.

[3] L. 50, Dig., XXXVI, 1.

tutti gli atti civili, lo ànno poi considerato come amministratore soltanto dei beni del figlio; e certe legislazioni ànno accordato a lui l'usufrutto dei beni del figlio, finchè questi non sia emancipato o non abbia raggiunto l'età maggiore.

163. I giurisperiti per determinare la legge, che deve regolare gli effetti della patria potestà relativamente ai beni, si sono studiati di esaminare se gli statuti sono reali o personali. Il Bretonnier disse che essendo la patria potestà un rapporto personale, gli statuti sono per conseguenza tutti personali, anche per gli effetti che da essa derivano sui beni del figlio e pei diritti del padre di amministrarli, profittarne e usufruirne. Del resto dice il citato scrittore si tratta sempre di frutti, i quali essendo cose mobili devono essere regolati dalla legge personale del padre.[1] Erzio, D'Argentré, Bouhier, dividono la stessa opinione.[2] Al contrario il Froland sostiene che gli statuti che regolano gli effetti della patria potestà sui beni immobili del figlio sono reali, e perciò non possono aver valore fuori del territorio,[3] e devono essere regolati dalla *lex rei sitæ*. Questa dottrina è sanzionata dalla *Common Law* e dalla giurisprudenza inglese. Pel generale principio, che tutti i diritti interessi e titoli lucrativi di qualunque natura sulla proprietà immobile situata in Inghilterra devono essere regolati dalla legge inglese, i tribunali ànno deciso che gli effetti della patria potestà sui beni immobili devono essere regolati esclusivamente dalla *Common Law*.[4]

[1] Henrys, *Œuvres*, par Bretonnier, t. II, p. 720. Vedi Boullenois, *Observ.*, 32, p. 46.

[2] Hertius, *Opera de collisione legum*, § 4, nº 17, 22; Bouhier, *Cout. de Bourg.*, cap. 24, § 57 a 87; D'Argentré, *De Briton. lég. des donations*, art. 218, glossa 6, nº 7.

[3] *Mémoires*, 69, 59, 60.

[4] Story, *Conflict of Law*, § 463-463 a.

Il Merlin manifesta un' opinione intermedia. Egli dice: gli statuti che determinano lo stato del figlio di famiglia soggetto alla patria potestà, e quelli che lo dichiarano incapace a fare certi atti, sono personali e devono valere dovunque: ma quelli che accordano al padre l'amministrazione ed il godimento dei beni del figlio non sono personali assolutamente, perchè da essi non deriva alcuna capacità o incapacità del figlio di famiglia, nè sono reali perchè sono un accessorio della patria potestà e non possono sussistere se non in virtù della legge che regola la patria potestà stessa. Questa può infatti sussistere senza l' usufrutto, che è un accessorio, ma l' usufrutto non può sussistere senza la patria potestà che è il principale. Lo statuto dunque è personale-reale, e perciò il padre non può godere tali diritti se a lui non li concede la legge che regola la patria potestà, e quella del luogo in cui esistono i beni.[1]

Il Rocco à la stessa opinione, e conchiude il suo ragionamento nel seguente modo: « A conoscere se l' usu-
» frutto si dovesse o no e in qual maniera, e entro quali
» termini, è mestieri in prima indagare e stabilire la po-
» testà dei genitori sopra i figliuoli, la quale dipende dalla
» legge del domicilio di costoro, e quindi l' usufrutto
» legale vuolsi ripetere dalla legge del domicilio. Ma
» l' usufrutto è un effetto reale dello statuto, non ri-
» guarda per nulla lo stato della persona, e sotto questo
» rapporto non può essere conferito che dalla legge del
» luogo in cui sono siti i beni sui quali si pretende. In
» somma lo statuto del domicilio ne dà l' attitudine a
» goderlo lo statuto della situazione dei beni il concede
» realmente e ne governa le condizioni. »[2]

Lo Zaccaria dice assolutamente che i genitori stra-

[1] Merlin, *Répert.*, *Puissance paternelle*, § 7.
[2] Parte 5ª, cap. 25, p. 601 (edizione di Livorno).

nieri non possono nè in virtù dell' art. 384 del Codice Napoleone, nè in virtù della loro legge nazionale reclamare l' usufrutto legale sopra i beni che i loro figli posseggono in Francia. [1]

164. Non possiamo accettare alcuna delle opinioni surriferite. La dottrina della personalità e della realità è per noi arida e incompleta, come dimostreremo a suo luogo. Qui ci contenteremo solo di osservare che tutte le disposizioni che affidano al padre l' amministrazione dei beni del figlio, e determinano gli atti di cui è capace come amministratore e gli accordano una ricompensa per l' assistenza e per la cura del fanciullo, sono il complemento della patria potestà, la quale è organata nel suo complesso per provvedere agl' interessi del figlio di famiglia e determinare i suoi rapporti col padre. Si deve quindi applicare quella legge che è chiamata a provvedere agl' interessi del figlio di famiglia e a determinarne i rapporti col padre suo.

Se un padre italiano amministra i beni di suo figlio in Austria e gode l' usufrutto secondo dispone la legge nostra, non turba ivi l' ordine pubblico, nè offende alcun interesse dello Stato: come d' altra parte non vi è ragione per giustificare la dottrina del Froland, sanzionata pure dai tribunali inglesi, secondo la quale si dovrebbe applicare la legge italiana per regolare gli effetti della patria potestà quando il padre sia straniero ed abbia beni in Italia. A qual titolo la legge nostra si applicherà ai Russi, agli Austriaci, ai Greci? Così per le stesse ragioni non possiamo accettare l' opinione intermedia del Merlin e del Rocco. Secondo i nostri principii quantunque il Codice austriaco non conceda al padre l' usufrutto sui beni che provengono al figlio, pure un ita-

[1] Zaccaria, § 78, nº 8; Aubry et Rau, nota 58, § cit.

liano dovrebbe goderne in Austria secondo dispone la legge nostra (*art. 228*). Nessuna offesa deriva infatti all'organamento della proprietà in Austria se un italiano abbia l'usufrutto dei beni, sia che l'abbia per disposizione tra vivi o a causa di morte, sia che l'abbia per contratto, sia che l'abbia come investito della patria potestà e in virtù della legge che regola i suoi rapporti col figlio. Nè vale il dire che l'usufrutto accordato al padre può dar luogo a pratici inconvenienti quando all'amor paterno si sostituisca il calcolo del materiale interesse, perchè la decisione di tale quistione spetta al legislatore del paese cui appartengono il padre e il figlio, non a quella del luogo in cui esistono i beni.

* 165. Prima di conchiudere stimiamo utile di proporre una quistione, la quale à molte attinenze colla materia che trattiamo, cioè: se durante la soggezione del figlio di famiglia alla patria potestà il padre si naturalizzasse in territorio straniero, il figlio sarebbe emancipato di diritto col matrimonio?

La quistione à pochissima importanza nel sistema del nostro Codice civile: esso infatti dispone che i figli minori del padre che si naturalizza all'estero, diventano stranieri, salvo che abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno (*art. 11, comma 4*). Quindi se un padre italiano acquisti la cittadinanza nella Baviera, i figli minori sieguono la condizione del padre, e a norma del Codice di Baviera, la patria potestà si estenderà su loro e loro discendenti finchè il figlio, padre dei discendenti, non sia emancipato. Ma nel sistema da noi propugnato[1] la soluzione della quistione sarebbe diversa. Avendo infatti dimostrato che la naturalizzazione del padre non importa necessariamente quella del figlio e che questi conserva la sua cittadinanza di origine finchè non abbia

[1] Vedi nº 68.

dichiarato di voler eleggere la cittadinanza del padre; ne siegue che nell' ipotesi fatta, il minore italiano di origine sarebbe emancipato di diritto col matrimonio. Infatti il nostro legislatore che dichiara il minore emancipato di diritto col matrimonio (*art. 310*) à voluto conferirgli straordinariamente in conseguenza del fatto del matrimonio quei diritti di cui il solo maggiore è capace.

Lo stesso ordine e la distribuzione delle materie prova che l' emancipazione legale è considerata indipendente dalla patria potestà, e piuttosto come una modificazione di stato. Noi quindi conchiudiamo che essa deve dipendere dalla legge della nazione di origine del figlio non da quella della nuova nazione del padre.

CAPITOLO XII.

Maggiore età e tutela.

166. Legge che deve regolare la maggiorennità. — 167. Critica dell' opinione del Rocco. — 168. Sentenza della Suprema Corte di Luigiana. — 169. Opinione del De Chassat circa gli atti fatti da un minore straniero in Francia. — 170. Conseguenze che derivano dalla sua dottrina. — 171. Opinione del Pardessus. — 172. Critica della dottrina di alcuni scrittori francesi. — 173. Teoria che noi accettiamo. — 174. Carattere della tutela e della cura, e legge con cui deve essere istituita. — 175. Distinzione fatta dal Massè e dal Rocco fra la tutela e la cura data alla persona e quella data ai beni. — 176. Della cura secondo il Codice civile italiano. — 177. Legge che deve regolare la cura data ai beni. — 178. Lo straniero può essere tutore di un cittadino. — 179. Effetti giuridici della tutela. — 180. Atti di cui è capace il tutore come amministratore. — 181. Rendimento di conti della gestione.

* 166. Per decidere se l' individuo è maggiore o minore, se è pubere o impubere, se possa essere o non

essere emancipato, e della condizione giuridica del maggiore, del minore e dell'emancipato si deve applicare esclusivamente la legge nazionale dell'individuo stesso, qualunque sia il luogo in cui si eleva la questione o in cui possa essere domiciliato.

167. Non possiamo in alcuna guisa dividere l'opinione del Rocco, il quale, partendo dal principio generale che il cambiamento del domicilio induce l'acquisto di nuove qualità personali e la perdita di quelle acquistate nell'antico domicilio, sostiene che non solo deve applicarsi la legge del nuovo domicilio per decidere quando l'individuo possa divenire maggiore, ma giunge fino a dire che « l'effetto naturale di siffatto cangiamento » sarebbe quello di farlo addivenire da maggiore mi» nore, da esente sottomesso alla patria potestà. »[1] Una delle ragioni che egli adduce a sostegno della sua opinione è, che l'individuo deve imputare a se stesso, se il suo stato rimane peggiorato, mentre poteva conservare l'antico domicilio. Questa è pure l'opinione di Giovanni Voet che dice: *Et sane est quod sibi uterque imputet, ac de se queratur, quod minorennium numero se rursus adscriptum videat, si id sibi grave putet: cum potuerit retento domicilio pristino in pristina quoque manere conditione.*[2] L'altra ragione è, che sarebbe di cattivo esempio per i cittadini di origine, che gli stranieri domiciliati fossero in condizioni migliori, come se potessero essere *sui juris* a 21 anni, mentre essi non lo possono essere che ai 25.

Non intendiamo diffonderci a confutare l'opinione del Rocco, e dichiariamo che siamo sorpresi che egli l'abbia accettata, nonostantechè prima di lui l'avesse

[1] Rocco, parte 3ª, cap. 30, p. 635 (edizione di Livorno, 1860).

[2] Voet, *Comment. and Pand.*, tit. *De minoribus*, lib. IV, tit. 4, nº 10, e lib. V, tit. 1, nº 101.

sostenuta il Borgundio, il Voet e l'Erzio da lui stesso citato, e che dice: *status et qualitas personæ regitur a legibus loci cui ipsa sese per domicilium subjecit. Atque inde etiam fit ut qui major hic, alibi, mutato scilicet domicilio, incipiat fieri minor.*[1]

168. È inutile addurre a sostegno della nostra opinione argomenti già svolti nei precedenti capitoli.[2] Vogliamo solo notare che la nostra teoria non è assolutamente nuova, anzi la troviamo sanzionata in una sentenza della Suprema Corte di Luigiana nella specie seguente. Un tale nato a Luigiana il 1802 si domiciliò nella Spagna. Nel 1827 intentò un'azione per ricuperare una parte nella successione dell'ava materna, e sorse la questione se dovea riputarsi minore secondo la legge spagnuola, perchè non avea 25 anni compiti. La Corte decise che lo stato e la condizione giuridica dipende sempre dalla legge del domicilio di origine, in qualunque luogo la persona vada a dimorare, lo ritenne quindi maggiore a 21 anni secondo la legge di Luigiana, e ammise l'azione.[3]

169. Alcuni scrittori mentre dividono la nostra opinione per la pura questione di stato, ammettono poi che per tutte le conseguenze giuridiche che derivano dalla minorennità, si deve tener conto della legge del luogo in cui il minore fa i suoi atti. Questa è l'opinione del De Chassat, il quale dice che la legge della patria di ciascuno non può regolare gli atti nuovi che cominciano ad essere in territorio straniero, perchè l'uomo che opera ed agisce, è sotto l'impero delle leggi che coman-

[1] Burgundius, *Tract.* II, nº 5, 6, 7; Rodenburg, *De diversit. stat.*, tit. 2, parte 2ª, c. 1, nº 5, 9; Voet, loc. cit.; Hertius, *Opera* (ediz. 1716) t. II, § 4, nº 5, p. 122; id., nº 8, p 123; id., p. 175, 175.

[2] Vedi cap. I, libro I.

[3] Story, *Conflict of Law*, § 77.

dano in quel luogo: « Il russo, l'inglese, il prussiano,
» ammesso ad esercitare i suoi diritti civili nel terri-
» torio francese, dev'essere capace secondo la legge
» francese. Se egli fosse maggiore a 20 anni secondo la
» sua legge, sarebbe reputato minore in Francia in
» forza dell'art. 388; e se fosse minore nella sua pa-
» tria, ove la maggiore età comincia dopo i 25 anni,
» sarebbe maggiore in Francia a 21 anni, nè potrebbe
» fare annullare le sue obbligazioni per difetto di età.
» Vivere in un paese è lo stesso che sottomettersi in
» tutti i sensi alla sua sovranità. Lo straniero non può
» far violenza al regnicolo ed obbligarlo di accettare
» le leggi della sua patria soventi lontane e ordinaria-
» mente ignote. » Il citato scrittore ammette che gli atti fatti dal minore nella sua patria, coi quali avesse disposto, acquistato, venduto validamente i suoi beni esistenti in Francia, dovrebbero essere efficaci in Francia nonostantechè potessero essere invalidati se fossero stati compiti nel territorio francese.[1]

170. Dal ragionamento del De Chassat si conclude che lo straniero è sottoposto alla legge della sua patria, purchè però l'applicazione della stessa non comprometta l'interesse privato di un francese. Questa teoria tenderebbe ad elevare a sistema la disposizione contenuta nell'articolo 37 dell'Ordinanza del 26 settembre 1837, sull'organamento della giustizia in Algeri, che è così concepito: « La legge francese regge le convenzioni » e contestazioni tra francesi e stranieri. » Essa però non è conciliabile col sistema da noi propugnato, nè colla disposizione contenuta nello stesso Codice Napoleone, secondo il quale il francese in paese straniero è sempre sottoposto alla legge francese. Per logica ed

[1] De Chassat, *Traité des statuts*, n° 237.

equa reciprocità, e per non provocare misure di ritorsione in paese straniero a danno dei francesi, a noi sembrerebbe più ragionevole, che fosse accettata a preferenza l'opinione nostra, tanto più che non mancano valenti giureconsulti che l'ànno sostenuta prima di noi.[1]

171. È qui opportuno di riassumere l'opinione del Pardessus, che saggiamente si esprime così: « Un individuo dichiarato incapace dalla legge del suo paese » non può essere liberato da tale incapacità coll'applicazione della legge francese. Egli non è capace che » nei limiti della sua legge nazionale (Cassazione, 1 febbraio 1813) per gli atti che questa gli permette, e » quando abbia adempite le condizioni da essa prescritte. L'interesse di un governo è di far rispettare » in favore dei sudditi di un altro governo, che sono » tradotti innanzi ai suoi tribunali, le leggi che regolano la loro capacità, e non permettere che mutando » giurisdizione essi possano sottrarvisi. La legge che » regola la capacità dello straniero lo siegue da per » tutto: sarebbe contrario alla giustizia applicargli una » legislazione cui egli non è sottomesso. Chiunque » dunque tratta con un individuo può domandargli la » prova che è maggiore, e se è minore, informarsi se » può obbligarsi. In ogni modo per prevenire qualunque danno può domandargli un garante. »[2]

Questa è pure l'opinione dello Zaccaria, del Nouguier, di Aubry e Rau, di Foelix e di altri.[3]

172. La ragione che adduce De Chassat che è conforme a quella del Grozio, del Burge, di Vallette e di

[1] Duranton, t. I, p. 57; Richelat, t. I, p. 58.

[2] Pardessus, *Droit commerc.*, n° 1842, 1482 [2], 1483.

[3] Zaccaria, *Diritto civile*, § 51; Nouguier, *Lettre de change*, t. I, p. 475; Aubry, nota al § 31 di Zaccaria; Foelix, n° 88; R. C. de Paris, 23 juin 1836 et 25 nov. 1839; R. C. de Bordeaux, 15 juillet 1841; Tribunal de Paris, 22 fév. 1842; R. C. de Rennes, 16 mars 1842.

altri[1] che la legge straniera non è obbligatoria pei francesi i quali non la conoscono nè devono conoscerla, è poco fondata. Non intendiamo sostenere che un individuo il quale faccia una convenzione con uno straniero sia obbligato a conoscere le leggi del paese straniero, nè che queste leggi lo obblighino, ma solo che la capacità del minore ad obbligarsi dev'essere regolata dalla legge della sua patria. Nè vale il dire che i cittadini di uno Stato possono essere pregiudicati nei loro rapporti cogli stranieri, perchè se pure ciò si avverasse, è imputabile a loro negligenza, mentre doveano prendere informazioni esatte ed assicurarsi della capacità di quello col quale trattavano. È molto nota la massima *qui cum alio contrahit vel est vel esse debet non ignarus conditionis ejus:*[2] e quindi se un francese maggiore à voluto contrattare con uno spagnuolo minore senza le debite precauzioni, tale negligenza non dev'essere un titolo a suo favore. Che se lo straniero avesse con arti subdole nascosta la sua incapacità, e con tutti i mezzi di apparenza esteriore si fosse fatto credere maggiore abusando della buona fede di un cittadino, non potrebbe essere ammesso ad impugnare le sue obbligazioni per difetto di età invocando l'applicazione della legge della sua patria. Ma in questo caso il beneficio dell'eccezione per difetto di età sarebbe negato per principii di equità e per la mala fede, non pel pregiudizio che ne deriverebbe ad un cittadino.

*173. Conchiudiamo pertanto che deve applicarsi la legge del paese di ciascuno per decidere quando l'indi-

[1] Grotius, *De jure belli et pacis*, l. 2, c. 2, § 5, nº 2; Burge, *Commentaries on colonial and foreign Law*, parte 1ª, cap. 4, p. 132; vedi Story, nº 102 a; Vallette note a Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I, p. 85 e 98; R. C. di Parigi, 15 maggio 1831.

[2] L. 19, Dig. *De regulis juris*.

viduo è maggiore:[1] e gli atti della vita civile di cui l'individuo è capace e delle azioni in rescissione, in restituzione, in nullità per difetto di età: *Restitutio in integrum*, dice Cujacio, *est in personam, personale enim beneficium est. Cur enim restituitur? ob infirmitatem ætatis.*[2]

*174. Gli stessi principii devono applicarsi alle misure di protezione stabilite nell' interesse delle persone incapaci o per difetto di età o per infermità fisiche e morali a regolare la loro persona e amministrare i loro beni. Queste misure sono diverse secondo le diverse legislazioni e secondo i diversi casi. Oltre la patria potestà e l'amministrazione legale vi può essere la tutela, la curatela, l'amministrazione provvisoria, e il consulente giudiziario. Il Codice civile italiano ammette la patria potestà, la tutela e la cura. Senza allungarci in particolari stimiamo sufficiente il notare che è secondo la legge nazionale di ciascuno che deve determinarsi tutto ciò che a tali istituzioni si riferisce, nonostantechè i beni all' individuo spettanti esistano in paese straniero. Quindi è secondo la detta legge che deve determinarsi la durata della tutela, i casi nei quali può aver luogo sotto il punto di vista delle persone sulle

[1] La maggiore età è fissata a 21 anni compiti in Italia (*art.* 323); in Francia (*art.* 488); in Baviera (legge del 26 ottobre 1813); in Sassonia (Diritto statuario, lib. I, *art.* 42); in Russia (*art.* 160); in Inghilterra e negli Stati Uniti. A 22 anni compiti nell' Elettorato di Assia (legge 13 settembre 1831). A 23 anni compiti nei Paesi Bassi (*art.* 385); nel Ducato di Nassau (legge 29 aprile 1831) e nel Cantone di Vaud (*art.* 280). A 24 anni compiti in Austria (*art.* 21); in Prussia (parte 1a, tit. 1, § 26) e nel Granducato di Oldembourg (legge del 15 luglio 1814, § 5). A 25 anni in Wurtemberg (legge del 21 maggio 1828); in Annover (ordinanza del 14 aprile 1815, § 24); in Brunswick, in Danimarca (l. 3, tit. 17); in Ispagna (Sala, liv. 1, tit. 8); in Portogallo (Mello-Freire, l. 2, tit. 2, § 3); nel Messico; nella Norvegia. Vedi Foelix, n° 88 e Leone Levi, *International commercial Law*, pag. 20-22, ediz. 1863.

[2] L. 13, Dig. *De minoribus*.

quali si esercita, e la delazione della stessa, e le persone che possono esserne investite, e i poteri che sono annessi all' ufficio di tutore o curatore.

È inutile il discutere se il regime della tutela e curatela sia destinato a difendere la persona o i beni, e se gli statuti che vi si riferiscono siano personali o reali. La nostra dottrina è poggiata sullo spirito di tali istituzioni, le quali sono ordinate a difendere gl' interessi di chi è incapace a provvedervi da se medesimo, ed è perciò che tutto deve dipendere dalla legge nazionale di ciascuno, che è quella che deve difendere e proteggere i cittadini, e provvedere ai loro interessi. Non possiamo quindi dividere l' opinione del Rocco il quale sostiene che il regime della tutela appartiene alle leggi del luogo in cui la persona è domiciliata.[1] Ammettiamo solo come eccezione che alla tutela, o alla cura dello straniero possa provvedersi dal magistrato del luogo del domicilio o della residenza, quando o sia autorizzato dal magistrato della patria dello straniero; o la legge nazionale di questo non provveda; o per la lontananza sia difficile un provvedimento pronto, ed urga che il minore non manchi di un protettore legale. In questo caso anche lo Zaccaria[2] ammette che si possa dare allo straniero un tutore, giusta le leggi del paese in cui dimora.

175. Noi stimiamo altresì poco fondata la distinzione fatta dal Massé[3] e dal Rocco tra il tutore o il curatore dato alla persona, e quello dato principalmente ai beni. Questi scrittori che fanno tutto dipendere dalla personalità o dalla realità osservano che le diverse spe-

[1] Rocco, parte 3ª, cap. 27.
[2] Zaccaria, *Diritto civile*, § 78, n° 2; Merlin, *Répert.*, voce *légitimité*, sect. 4, § 3; Soloman, p. 50-51.
[3] Massé, *Droit commercial*, n° 547.

cie di tutele e di cure si possono partire in due ordini. Le une, dicono essi, sono date direttamente alla persona e secondariamente ai beni e presuppongono una mancanza di capacità nella persona alla di cui protezione sono ordinate: tali sono, per esempio, il tutore dei minori e degl' interdetti, il consulente giudiziario dato ai prodighi, il curatore del minore emancipato. Queste devono essere regolate dalla legge personale, ed estendono la loro efficacia dovunque, come tutti gli statuti personali. Le altre sono date direttamente ai beni non per riguardo della persona cui essi appartengono, ma per non lasciare derelitti i beni stessi e per provvedere all' interesse dei terzi. Tali sono, per esempio, il curatore che si dà al ventre pregnante o all' eredità giacente, e quello cui è affidata l' amministrazione dei beni del fallito, e quello che si dà ai beni dell' assente. Queste e simili istituzioni non derivano da una incapacità personale ed assoluta, ma da un' incapacità reale e relativa che colpisce direttamente i beni, i quali non ànno un padrone certo, e perciò, dicono essi, devono essere regolate dalla legge del luogo in cui i beni si trovano, e la loro efficacia termina nei limiti del territorio stesso. Questa è pure l' opinione del Voet, il quale dopo aver fatta la distinzione suddetta conchiude: *si tamen agatur de curatore bonis dando existimarem eumdem quidem dari posse bonis immobilibus ibidem sitis, non tamen alibi, invito judice loci.*[1] La ragione che egli ne adduce si è che le disposizioni reali non si possono estendere fuori del territorio: *Jussus enim vel præceptum judicis, sese non extendit ultra limites ejusdem jurisdictionis.*

Mentre riconosciamo esistere una differenza fra l' una e l' altra specie di tutela e di cura, non possiamo

[1] Voet, *De statutis et eorum concursu*, sect. 9, c. 2, n° 18.

tuttavia ammettere la teoria dei succitati scrittori: e per concretare la nostra opinione ne facciamo l'applicazione nel sistema seguito dal Codice civile italiano.

176. La nostra legislazione istituisce la tutela per difendere la persona non soggetta alla patria potestà, la quale o per difetto di età (*art. 241, 277*) o per abituale infermità di mente (*art. 324, 329*) è incapace di provvedere ai proprii interessi, e concede al tutore la cura della persona, la rappresentanza negli atti civili, l'amministrazione dei beni (*art. 277*). La cura, secondo il Codice italiano, è assolutamente distinta dalla tutela, ed è ammessa quando non vi è bisogno di rappresentare ed assistere certe persone in tutti gli atti della vita civile, ma di assisterle soltanto negli atti che eccedono la semplice amministrazione. In certi casi essa può essere data specialmente dal tribunale per assistere gl' interessi di certe persone, e propriamente per i beni ad esse appartenenti. È a proposito di queste cure speciali che noi non dividiamo l'opinione dei citati scrittori.

La cura può essere data dal tribunale, qualora nasca conflitto d'interessi tra i figli soggetti alla stessa patria potestà, o tra essi e il padre (*art. 224, comma 3*), può essere data specialmente ai beni del figlio, quando il padre abusi della patria potestà o amministri male le sostanze del figlio (*art. 233*): quando alla morte del marito la moglie si trovi incinta, nel qual caso il tribunale può sull' istanza di persona interessata nominare un curatore al ventre (*art. 236*): quando la madre perda di diritto l'amministrazione dei beni del figlio per avere contratto un nuovo matrimonio senza osservare le disposizioni della legge, nel qual caso il pretore o sull' istanza del pubblico ministero, o d'ufficio deve convocare il consiglio di famiglia per nominare un curatore ai beni. Quando finalmente l'erede non sia noto, o gli eredi

testamentarii o legittimi abbiano rinunziato, il pretore può nominare un curatore all'eredità giacente (*art. 980*).

177. Quantunque in tali casi la cura sia istituita coll' intervento dell' autorità giudiziaria, e sia data specialmente ai beni dei figli nati o nascituri, o di quelli che non ànno fatto riconoscere la loro qualità di erede, i principii generali da noi applicati alle altre specie di tutele e di cure non possono ricevere una diversa applicazione. Infatti comunque in tutti i suddetti casi la cura sia data più specialmente ai beni dall' autorità giudiziaria, non perciò muta la sostanza della cosa, perchè essa è sempre istituita per assistere gl' interessi privati di una persona, e ciò spetta alla legge sotto la protezione della quale questa persona civilmente vive non alla *lex rei sitæ*.

Nel caso, per esempio, della cura data al ventre pregnante il sovrano del luogo, in cui esistono le sostanze che possono appartenere al nascituro, non può avere nessun interesse a nominare il curatore: imperocchè sia che la cura si consideri istituita pel vantaggio del nascituro per impedire la simulazione della gravidanza e la supposizione del parto, sia che la si consideri istituita per provvedere ai bisogni personali della donna, spetta sempre alla legge nazionale di entrambi il provvedere, e nominato il curatore (se si trattasse di una donna italiana) a norma dell' art. 236, esso dovrebbe poter esercitare la sua autorità dovunque esistono i beni. Nella stessa guisa spetta alla legge nazionale del defunto il provvedere all' amministrazione e conservazione dell'eredità giacente, quando l'erede non sia noto, o gli eredi testamentarii abbiano rinunciato: imperocchè, come dimostreremo a suo luogo, la successione dev' essere regolata dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i

beni, e in qualunque paese si trovino. Quindi, se il defunto è un italiano, è la legge nostra che deve applicarsi per provvedere all'amministrazione e conservazione dei beni ereditarii, e come questa dispone che debba nominarsi un curatore (*art. 980, 983*), esso dovrebbe essere riconosciuto dovunque, e dovrebbe amministrare e conservare i beni ereditarii in qualunque paese si trovino. Per le stesse ragioni se un padre straniero abusi della patria potestà male amministrando le sostanze del figlio, il nostro tribunale non può nominare un curatore a norma dell'art. 233, ma deve applicare la legge nazionale dello straniero.

Conchiudiamo pertanto che alla pari delle cure date alle persone, anche quella speciale data ai beni deve essere istituita secondo la legge nazionale della persona a cui vantaggio è data, e deve essere riconosciuta ovunque esistano le sostanze che a quella persona appartengono.

*178. Circa la persona che può essere investita dell'autorità di tutore, protutore o curatore notiamo che male a proposito alcuni scrittori[1] per dimostrare che lo straniero non può essere tutore, adducono l'autorità del diritto romano e le parole che si trovano nella definizione di Paolo *jure civili data ac permissa.*[2] Esse infatti significano che la tutela era governata dalle leggi, dai senatusconsulti, e dagli usi, non dal pretore. Gli stessi Romani però consideravano la tutela degl'impuberi di diritto naturale, *quia id naturali rationi conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.*[3]

[1] De Chassat, n° 230; Soloman, parte 2ª, p. 51.

[2] « Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui » propter ætatem suam sponte se defendere nequit jure civili data ac per- » missa. » L. 1, pr. ff., *De tutelis* (26, 1).

[3] *Istit.*, 1, tit. 20, § 6.

Se lo straniero non poteva essere nominato tutore a Roma, ciò era perchè non avea la *testamenti factio*. *Testamenti tutores hi dari possunt, cum quibus testamenti factio est.*[1] Nè poteva essere chiamato come agnato, perchè l'*jus agnationis* non esisteva tra cittadini e peregrini.[2] Ma queste ragioni oggi non sussistono perchè gli stranieri sono ammessi a godere i diritti civili, e possono quindi essere tutori quando ciò sia conforme all'interesse della persona che dev'essere sottomessa a tutela.[3]

179. Per gli effetti giuridici che derivano dalla tutela, dalla cura, dall'interdizione e dall'inabilitazione osserviamo che la capacità del minore, dell'interdetto, o dell'inabilitato rimane modificata e dev'essere come tale riconosciuta dovunque. Quindi la sentenza del tribunale civile che dichiara o modifica lo stato di un cittadino deve produrre i suoi effetti dovunque senza che sia necessario farla dichiarare preliminarmente esecutoria nel luogo in cui la persona sotto tutela o inabilitata o interdetta vuole agire. Per le azioni di rescissione o di nullità delle obbligazioni contratte dall'interdetto o dall'inabilitato si devono applicare gli stessi principii che esponemmo a proposito degli atti posti in essere dal minore. La sentenza che dichiara o modifica lo stato dev'essere ammessa dovunque con tutte le conseguenze giuridiche che da essa derivano; però i terzi che contrattarono con uno straniero interdetto o inabilitato possono essere ammessi a contestare o la realtà dei fatti dichiarati veri dal giudice del paese dello straniero, o le conseguenze legali che esso ne à dedotte, o facendo astrazione dalla sentenza stessa, far valutare la loro buona fede, qualora

[1] L. 21, Dig. *De testament. tutela* (26, 2).
[2] *Istitut. de legitima adgnatorum tutela*, 1, 15.
[3] Dragoumis, chap. 1, n° 5.

avessero agito ignorando la sentenza e i fatti su cui fu fondata.[1]

Tutto ciò però vale ogniqualvolta la modificazione dello stato derivi direttamente o indirettamente o dalla legge o da una sentenza civile; ma non si deve dire lo stesso quando l'interdizione totale o parziale derivi o da una sentenza criminale[2] o dalle leggi di proscrizione o da qualunque altro atto o misura politica emanata da un governo straniero,[3] nei quali casi la modificazione dello stato e della capacità deve considerarsi di niun effetto.

180. Circa poi gli atti di cui può essere capace il tutore o il curatore per ragione del suo ufficio, è necessario distinguere quelli relativi alla persona fisica e giuridica del minore o dell' interdetto, e quelli relativi all'amministrazione dei beni che ad esso appartengono. Per i primi tutti ammettono che devono essere regolati dalla legge secondo cui la tutela o la cura fu istituita. Noi eccettuiamo solo il diritto di correzione che in certi casi la legge concede al tutore, e che deve esser retto dalla legge del paese in cui dimora o è domiciliato il tutore e il pupillo, ancorchè le leggi della loro patria conferissero più ampli poteri. Per gli atti poi di cui il tutore può essere capace come amministratore dei beni del minore parecchi scrittori[4] ammettono che debbano essere regolati dalla *lex rei sitæ*.

Questa dottrina che è la conseguenza del regime

[1] Zaccaria, § 51.

[2] Vallette, note a Proudhon, I, p. 436; Toullier, IV, 102.

[3] Causa per l'interdizione del duca di Brunswick, Parigi. 16 gen. 1856, Sir., 56, 2, 70.

[4] Burgundus, *Tract.*, 1, nº 12, p. 25; Voet, *De statut.*, § 9, C. 2, nº 17, 19; Boullenois, *Observation*, 29, p. 520; Molinei Opera, t. III; *Ad Cod.*, l. 1, tit. 1; Erzio, *De collisione legum*, 4, nº 8; Burge, *On colonial and foreign Law*, parte 2ª, cap. 23.

feudale della proprietà è rigorosamente accettata ed applicata dai giuristi e dai tribunali inglesi, i quali ammettono come generale principio che nessun tutore possa *virtute officii* esercitare alcun diritto ed autorità sulla proprietà mobile o immobile sita in estero Stato, senza avere l'autorizzazione ed un nuovo mandato di tutela dal giudice locale: « È indubitato (dice lo Story) » che la *Common Law* non riconosce i diritti dei tutori » stranieri sui beni immobili situati in altro Stato. Tali » diritti sono considerati come territoriali e non possono » avere nessuna influenza sui beni siti in altri paesi la » cui legislazione ammetta regole diverse. Nessuno » vorrà supporre che un tutore, istituito secondo le » leggi di un paese, abbia diritto di esigere le rendite o » di prendere possesso dei beni del suo pupillo situati » in un altro Stato senza essere debitamente autoriz» zato dal tribunale locale. È ben noto il principio che » i diritti sulla proprietà reale non possono essere acqui» stati, modificati o ceduti che in conformità della *lex* » *rei sitæ*. »[1]

Non è possibile accettare una tale dottrina. È infatti indubitato che un mandatario generale può in virtù di un mandato valido, secondo la legge del luogo in cui l'accetta, agire dovunque senza che sia necessario far riconfermare la sua autorità dal magistrato del luogo in cui deve agire.[2] Quindi il tutore che si deve considerare munito di una procura legale *ratione officii* potrà agire dovunque il pupillo o l'interdetto abbia interessi senza domandare la sua autorità al magistrato *rei sitæ*. Aggiungiamo altresì che gli atti di cui egli è capace come amministratore dei beni del minore e gli obblighi

[1] Story, *Conflict of Law*, § 504, 505.

[2] Merlin, *Répert.*, voce *absens*, ch. 3, art. 3, voce *faillite*, § 2, n° 2, art. 9 et 10.

inerenti al suo ufficio sì nel momento che assume l'amministrazione dei beni, sì durante l'amministrazione, sì quando questa cessa, devono essere regolati dalla stessa legge secondo la quale è istituita la tutela. Nè qui vogliamo discutere le ragioni addotte dagli oppositori, i quali si fondano sulla realità degli statuti per dimostrare la preferenza della *lex rei sitæ.*[1] Ci contentiamo di notare che tutte le disposizioni che si riferiscono al regime della tutela sono coordinate a difendere gl'interessi personali e reali delle persone che non possono per loro stesse provvedere, e che spetta alla legge della nazione di ciascuno di difendere i diritti che i cittadini possono avere sui beni ovunque sieno situati. Per decidere quindi se il tutore debba fare l'inventario, se, e come debba prestare cauzione, se debba alienare gli stabilimenti di commercio ed i beni mobili dell'amministrato, se possa acquistare o alienare beni immobili, fare locazioni oltre il novennio, accettare eredità, donazioni, legati o repudiarli, procedere a divisioni, o provocarle giudizialmente, e simili, deve applicarsi esclusivamente la legge nazionale del minore o dell'interdetto non quella *rei sitæ.*

181. Notiamo finalmente che il rendimento di conti quando cessa l'amministrazione dev'essere dato secondo la stessa legge, anche quando sia stato nominato un protutore per l'amministrazione dei beni esistenti in paese straniero. È vero che secondo il diritto romano il tutore, il curatore, il gestore di affari deve rendere i conti nel luogo in cui amministrò. *Eum qui aliena negotia sive ex tutela sive ex quocumque alio titulo administravit, ubi hoc gerit, rationem oportet reddere.*[2]

[1] Vedi libro seguente, sez. 1ª, cap. 1.
[2] L. 19, Dig., *De judiciis*, V, 1.

Ma tale principio è applicabile a quelli che amministrano nel regno non in territorio straniero.

Qualora la legge secondo cui fu istituita la tutela, obblighi il tutore a dare cauzione e attribuisca al minore l'ipoteca legale sui beni del tutore, può sorgere la questione se il minore abbia l'ipoteca legale anche sui beni del tutore situati in territorio straniero; e di tale questione tratteremo nel libro seguente.[1]

[1] Vedi Libro seguente, sez. 1ª, cap. 4.

LIBRO II.

DEI DIRITTI PATRIMONIALI.

Nel libro antecedente abbiamo esposte le regole colle quali si devono determinare i diritti personali, ossia la capacità e personalità giuridica dell'individuo considerato come membro o della società politica o della famiglia. In questo ci proponiamo d'investigare la legge che deve regolare i diritti dell'individuo sul suo patrimonio.

Il patrimonio di una persona comprende tutti i beni senza distinzione, ossia tutto ciò che può arrecare qualche utilità (*bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt, beare est prodesse*),[1] e nel significato più ampio denota tutto ciò che può contribuire al benessere morale e materiale dell'uomo, e quindi anche i diritti che si confondono con l'esistenza della persona, come il diritto alla libertà, all'onore e simili. Considerato sotto questo punto di vista, e fatta astrazione dagli elementi di cui si compone, il patrimonio è un'universalità di diritto, ed un tutto giuridico; è la stessa personalità dell'uomo in rapporto coi diversi oggetti dei suoi diritti.[2] In un senso più ristretto e più proprio patrimonio denota tutto ciò che è esteriore alla persona, che può es-

[1] L. 49, Dig., *De verb. signif.*, L. 16.
[2] Zaccaria, *Dr. Civ.*, Aubry et Rau, parte 2, l. 2, § 573.

sere estimato in valore pecuniario, e che ci appartiene direttamente e assolutamente sia sotto tutti, sia solamente sotto alcuni rapporti come obbietto dei nostri diritti civili, e comprende le cose corporali e le prestazioni, ossia i servigi estimabili in valori pecuniarii, che una persona è obbligata a prestare a nostro profitto.

Per discorrere completamente della legge che deve regolare i diritti patrimoniali, divideremo questo libro in tre sezioni. Nella prima tratteremo dei *diritti patrimoniali reali;* i quali possono avere per oggetto o la cosa propria o la cosa altrui. Nella seconda tratteremo dei diritti che ànno per oggetto una prestazione, cioè l'adempimento di un' obbligazione: e comecchè questi emergono sempre da un rapporto obbligatorio, e presuppongono necessariamente due persone, una delle quali è obbligata a consumare un fatto a profitto ed utilità di un'altra, li dinoteremo sotto il nome di *diritti di obbligazione.* Nella terza tratteremo del diritto di disporre a titolo gratuito della totalità o di una parte aliquota del patrimonio, ossia del *diritto di successione.* Questo noi lo consideriamo anche come un diritto patrimoniale, perchè deriva dal diritto di proprietà di cui ogni persona gode sul suo patrimonio, e comprende non solo il diritto di trasmettere in tutto o in parte il patrimonio, ma altresì quello di acquistare e rivendicare il patrimonio di una persona cui siasi succeduto, cioè a dire la petizione di eredità.

SEZIONE I.

DEI DIRITTI PATRIMONIALI REALI.

Oggetto dei diritti patrimoniali reali, sono le cose suscettive di appropriazione, le quali fanno parte del nostro patrimonio. Quantunque i giureconsulti abbiano immaginato le cose incorporali, *res incorporales*, la parola *cosa* denota propriamente qualunque oggetto materiale, non dotato di capacità giuridica, che cade sotto i nostri sensi. Noi l'adopreremo in generale con tale significato, e ne discorreremo solamente in quanto può la cosa essere obietto di un diritto civile appartenente ad uno straniero.

Gli stessi oggetti che, considerati secondo la loro natura costitutiva, si dicono cose, sotto il rapporto dell'utilità che possono arrecare alla persona chiamansi beni. Nel diritto positivo si è introdotta la distinzione di beni mobili ed immobili, beni corporali ed incorporali, la quale nomenclatura non si può a rigore giustificare. L'espressione *beni* infatti dinota l'utilità che una persona può trarre dagli oggetti su cui à diritto, e per conseguenza una semplice qualità degli oggetti, o se si voglia, il risultato dei diritti di cui essi sono la materia. Noi ammettiamo solamente che i diritti sotto il rispetto degli oggetti si possono distinguere in mobiliari ed immobiliari, denotando con quest'ultimo nome quelli che ànno per oggetto una cosa immobile, come per esempio, l'usufrutto su cose immobili, le servitù prediali, e le azioni che ànno per obietto immediato o mediato di reclamare la proprietà immobiliare od ogni altro diritto reale.

I diritti patrimoniali reali comprendono non solo quelli sulla cosa nostra, *jura in re*, ossia la proprietà e le azioni con cui può essere difesa; ma quelli altresì sulla cosa altrui, *jus in re aliena*, i quali sono la servitù, l'enfiteusi, la superficie, il pegno e l'ipoteca. Noi ne dobbiamo discorrere unicamente sotto il rispetto della legge che deve regolarli, quando il soggetto cui essi appartengono sia straniero.

CAPITOLO I.

Della legge che deve regolare i diritti patrimoniali reali.

182. Dottrina degli scrittori antichi. — 183. Essa è fondata sulla distinzione di leggi reali e personali. — 184. Sforzi fatti dai giuristi per estendere l'applicazione della legge reale.—185. Importanza della distinzione nei tempi moderni. — 186. Dottrina del Foelix. — 187. Sua applicazione. — 188. Dottrina di altri scrittori francesi. — 189. Opinioni del Demolombe e Zaccaria. — 190. Opinione del Rocco. — 191. Legislazione inglese. — 192. Disposizioni di diritto positivo. — 193. Ragioni con le quali si vuole giustificare la dottrina della realità delle leggi. — 194. Il concetto della sovranità e della proprietà ai tempi nostri è essenzialmente diverso che nei tempi feudali. — 195. Fondamento della nostra teoria.— 196. Vero significato dell'art. 7, del Codice civile italiano. — 197. Dottrina degli scrittori circa la legge che deve regolare le cose mobili. — 198. Disposizioni di diritto positivo. — 199. Opinione nostra.

182. La maggioranza dei giureconsulti antichi, ed alcuni dei moderni ammettono come norma generale che la legge di ciascuno Statò deve regolare esclusivamente non solo la condizione giuridica delle cose esi-

stenti nel territorio, ma eziandio tutti i diritti della persona su di esse, e la maniera di acquistarli e di trasmetterli: dimodochè per decidere del valore e della validità di qualunque atto giuridico, che avesse per oggetto cose immobili, si dovrebbe applicare esclusivamente la *lex rei sitæ*.

Il Voet dice: *Quid si itaque contentio de aliquo jure in re seu ex ipsa re descendente, vel ex contractu, vel actione personali, sed in rem scripta? An spectabitur loci statutum, ubi dominus habet domicilium, an statutum rei sitæ? Respondeo, statutum rei sitæ*, e conchiude il suo ragionamento con una regola breve ed assoluta, *immobilia statutis loci regantur ubi sita.*[1]

Il Boullenois accetta lo stesso principio: *Les lois réelles n'ont point d'extension directe ni indirecte hors la juridiction et la domination du législateur.*[2]

183. Per valutare le conseguenze giuridiche di tali principii, sarebbe necessario determinare che cosa gli scrittori antichi intendessero per leggi reali. Noi però confessiamo che è tanto grande la confusione dei due concetti personalità e realità, che ci si rende molto difficile darne nozioni chiare e complete. Erzio stesso lasciò scritto: *cæterum Junioribus plerisque placuit distinctio inter statuta realia, personalia et mixta. Verum in iis definiendis mirum est quam sudant doctores.*[3] Le definizioni infatti sembrano chiare e precise, ma non valgono a finire le interminabili controversie, perchè nell'applicazione comincia il disparere e quindi la confusione.

La maggioranza degli scrittori denomina statuti personali quelli che ànno per oggetto immediato la

[1] P. Voet, *De statut.*, § 9, cap. 1, n° 2, p. 255, n° 5, id.
[2] Boullenois, *Princ. génér.*, 27.
[3] Hertii *Opera*, *De collisione legum*, § 4, n° 5.

persona e per oggetto accessorio i beni; statuti reali poi quelli che ànno per oggetto principale i beni; e statuti misti quelli che si riferiscono alle persone e alle cose.[1] Nell'applicare tali definizioni e determinare in ciascuna specie se la legge è reale o personale, s'incontrano le più strane opinioni. Il Bartolo tra gli altri dice che è necessario esaminare attentamente le parole dello statuto. Se, per esempio, uno statuto dicesse: « i beni del defunto apparterranno al primogenito » si applicherà a tutti i beni esistenti nel territorio, *quia jus afficit res ipsas sive possideantur a cive sive ab advena;* se poi lo statuto dicesse: « il primogenito succederà » disporrebbe circa la persona, e perciò si applicherebbe ai soli cittadini.[2] Dunque secondo il Bartolo la realtà o la personalità dello statuto dipenderebbe dall'ordine delle parole e dalla costruzione del periodo.

Le Brun dice che lo statuto da cui son regolati gli atti particolari della persona, è reale; tali sono, secondo lui, lo statuto che proibisce alla donna maritata di fare donazioni, e il *Senatus-consultum vellejanum* che le proibisce di obbligarsi per i debiti di un altro:[3] mentre il Boullenois nei suoi principii generali dà per esempio di uno statuto puramente personale il Senato consulto vellejano.[4]

184. Senza vagare in digressioni inutili, fermiamoci ad osservare il fatto, che cioè trenta o quaranta giureconsulti di prim'ordine ànno lungamente quistionato sulla realità e sulla personalità degli statuti, e si sono quindi divisi in due schiere. Da una parte

[1] Merlin, *Répert.*, v. *Statut.*

[2] Bartolo, *Ad cod.*, lib 1, tit. 1, l. 1, *cunctos populos*, n° 12, citato da Story, § 14.

[3] Le Brun, *Traité de la communauté*, lib. II, ch. 5, § 5. n° 20 a 48.

[4] Boullenois, *Princ. génér.*, 14, p. 5.

D'Argentré, Mascardo, Mevio, quasi tutti i giureconsulti olandesi, Delaurière, Froland ed altri si sforzano di far predominare in tutti gli statuti la realità. Dall'altra Molineo, Coquille, Stockmans, Gérard Titius, Bouhier, Prevôt-la-Janès ed altri combattono per dimostrare il predominio della personalità. Essi rappresentano la lotta fra due principii; il principio feudale, che considerava l'individuo come un accessorio del suolo, e la terra superiore alla persona, che assorbiva ed attraeva tutti i diritti dell'uomo; e il principio dei giurisperiti filosofi che si sforzavano di emancipare l'individuo dai ceppi del feudalismo ridonandogli la sua dignità ed i suoi diritti. Certo si è che la legge del luogo in cui i beni erano situati, regolò in gran parte i diritti delle persone che ne erano proprietarie, sottomettendoli alle leggi vigenti nel territorio: e così l'espediente della *comitas gentium*, col quale si cercò modificare il rigoroso principio della territorialità delle leggi, si rese in gran parte illusorio, perchè l'applicazione della legge personale non fu concessa che nei soli casi in cui determinava lo stato astratto della persona indipendentemente da qualunque rapporto reale colle cose.

Quegli scrittori soprattutto che si sforzavano di allargare l'applicazione della legge territoriale, facevano da questa dipendere la maggior parte dei rapporti giuridici. La stessa capacità ad acquistare o trasferire un immobile si determinò secondo la *lex rei sitæ*, e quindi la persona incapace ad alienare secondo la sua legge personale, poteva validamente alienare un immobile, quando la sua incapacità non esisteva secondo la *lex situs*[1] e viceversa. Lo stesso Rodenburgo, che non accetta tale principio, ammette che la capacità o incapa-

[1] Story, § 431.

cità a fare una donazione o un testamento dev' essere valutata secondo la *lex rei sitæ*. Questa è l' opinione di molti altri giureconsulti [1] e dello stesso Boullenois, il quale, dopo avere discusso lungamente se la capacità a fare testamento sia personale o reale, conchiude che quando si tratta di proprietà immobile si deve applicare la *lex rei sitæ*. [2] Per i diritti reali poi di qualunque natura e a qualunque titolo il principio di farli dipendere esclusivamente dalla *lex situs* fu accettato da tutti, e quindi i diritti dei conjugi sui beni, i diritti dei genitori sui beni dei figli, la quota legittima agli stessi spettante, e i diritti che derivano da istituzioni contrattuali, da rendite, da successioni, da sostituzioni, rappresentazioni, donazioni e simili dovrebbero, secondo la maggioranza degli scrittori, dipendere esclusivamente dalla legge del luogo in cui è situata la cosa.

Il Froland formula la dottrina sua e della maggioranza dei giuristi suoi contemporanei nel seguente modo: *La première règle est que le statut réel ne sort point de son territoire. Et de là vient que dans le cas où il s'agit de succession, de la manière de la partager, de la quotité des biens dont il peut disposer entre vifs ou par testament, d'aliénation d'immeubles, de douaire de femme ou d'enfants, de légitime, retrait lignager, féodal ou conventionnel, de droit de puissance paternelle, de droit de viduité, et autres choses semblables, il faut s'attacher aux coutumes des lieux où les fonds sont situés.* [3]

[1] Rodenburg, tit. 2, cap. 1; Froland, *Mémor. de stat.*, 63, 66; Haberus, lib. I, tit. 3, § 12; Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, cap. 23, § 90; Merlin, *Répert.*, *Testament*, § 1, 5, art. 2; P. Voet, *De stat.*, § 4, cap. 2, n° 6; Molinæus, *Comment. ad cod.*, lib. I, tit. 1, l. 1; *Conclusiones de statut*, t. III.

[2] Boullenois, *Observ.*, 28, p. 748

[3] Froland, *Mémoires*, 156; Id., 49, 60, 66, 67. Vedi pure D'Argentré, *Ad Briton. leg. de donatione*, art, 218, glos. 6, n° 46; Bourgun-

Noteremo finalmente che alcuni, benchè in piccolissimo numero arrivarono fino a sostenere che le stesse formalità e solennità degli atti che avessero per oggetto un immobile, devono essere regolate per la loro validità dalla legge del luogo in cui esiste la cosa, benchè l'atto fosse stato stipulato in paese diverso. *Siquidem solemnitates testamenti*, dice Borgundio, *ad jura personalia non pertinent: quia sunt quædam qualitas bonis ipsis impressa, ad quam tenetur respicere quisquis in bonis aliquid alterat. Nam ut jura realia non porrigunt effectum extra territorium; ita et hanc præ se virtutem ferunt, quod nec alieni territorii leges in se recipiant.*[1] Il Boullenois poi dice: *Quand la lois exige certaines formalités, lesquelles sont attachées aux choses mêmes, il faut suivre la loi de la situation.*[2]

Senza più diffonderci, il già detto è sufficiente a far conoscere come colla distinzione della realità e personalità si sia arrivati a rendere i diritti dell'individuo e della famiglia un accessorio del suolo. Considerando infatti che il fondamento di tutto il diritto civile è la proprietà, e che secondo la citata teoria tutti i diritti dell'uomo sulle cose devono essere regolati dalla *lex rei sitæ*, si comprende facilmente che in ultima analisi è la terra quella che assorbe tutti i diritti dell'uomo nel sistema che esponiamo. E le conseguenze erano molto più gravi nel tempo in cui tale sistema fu sostenuto ed applicato, perchè le centinaia di legislazioni tutte

dus, *Tract.*, 2, n° 10, p. 63, 64; Rodenburg, *De div. stat.*, tit. 2, cap. 2; Burge, *Commentaries*, Pt. 2ª, ch. 3; Livermore, *Dissertation*. § 83, 87, 181, 182; Boullenois, *Observ.*, 29, 44.

[1] Burgundus, *Tract.*, 6, n° 2, p. 128.

[2] *Observat.*, n° 46, t. II, p. 467, v. 4. Vedi pure D'Argentré, *De Briton leg.*, art. 218, n° 2; Burgundus, *Tract* 6, n° 2, 3; Rodenburg, *De div. stat.*, tit. 2, cap. 3, § 1, 2; Sande, *Decisiones frisicæ*, lib. IV, tit. 1, defin. 14.

in vigore le une accanto alle altre rendevano incerti tutti i diritti delle persone e delle famiglie.

185. Nei tempi moderni le condizioni sono notabilmente mutate: la promulgazione dei codici à fatto cessare la confusione e l'anarchia legale, abolendo le legislazioni locali, le regie costituzioni, le consuetudini e gli statuti. Dall'altra parte al principio feudale, eredità del diritto barbarico, e al principio municipale, rimembranza delle libertà romane, che tendevano entrambi a dividere lo Stato in innumerabili anguste frazioni territoriali, è succeduto il vero principio organizzatore delle società civili, quello cioè della nazionalità. Pur nondimeno la quistione dell'estensione delle leggi reali à ancora una grandissima importanza, perchè da una parte i giuristi moderni ànno voluto riprodurre certi principii, che sono le conseguenze delle tradizioni feudali della sovranità e della proprietà, e i legislatori dall'altra non ànno chiaramente determinato il limite dell'autorità di ciascun sovrano per tutto ciò che si riferisce alle cose esistenti nel territorio di uno Stato, ed ai diritti che le persone possono avere sulle stesse.

186. Il Foelix mentre riconosce che la dottrina della realità degli statuti nel medio evo, ebbe per base il principio del diritto feudale,[1] non à difficoltà di riprodurla quasi nella sua integrità ai tempi nostri. Partendo dal principio giusto, che ciascuna nazione esercita il suo dominio sui beni di qualunque natura che esistono nel suo territorio, stabilisce come regola, che la legge reale regge i beni situati nel territorio dello Stato, ed esclude l'applicazione della legge personale del proprietario e della legge del luogo in cui l'atto fu stipulato. Egli definisce la legge personale quella che dispone

[1] *Droit privé international*, n° 38.

sull' universalità dello stato della persona, e che stabilisce, cambia o modifica questo stato in tutta la sua estensione; e la legge reale quella che prescrive le regole relative al possesso o alla trasmissione dei beni immobili, o ai diritti reali che si possono esercitare sui beni, o che permette o proibisce alla persona certi atti che la legge personale gli proibisce o gli permette di fare: *Cette loi réelle*, egli soggiunge, *régit les biens situés dans l'étendue du territoire pour lequel elle a été rendue. en excluant l'application et de* LA LOI PERSONNELLE DU PROPRIÉTAIRE ET DE LA LOI DU LIEU OÙ L'ACTE A ÉTÉ PASSÉ.[1] Il Foelix cita a sostegno della sua opinione d'Argentré, Burgundio, Rodenburgo, Boullenois, Ubero, Tittman, Story, Burge, Rocco e molti altri, senza considerare che il riprodurre la loro dottrina ai tempi nostri senza benefizio d' inventario equivale a farci ritornare al medio evo.

Ci contenteremo d' indicare alcuni dei casi d'applicazione dello statuto reale riportati dallo stesso autore, che sono in opposizione manifesta col sistema da noi accettato.

187. La legge del luogo in cui l' immobile è situato, dice egli, regola l' acquisto del diritto di usufrutto legale, l' estensione dello stesso, e l' obbligazione della persona a cui l' usufrutto è dovuto; ed è perciò che l' usufrutto paterno o materno (*art. 384,* Codice civile francese) non può godersi che quando l' autorizza la legge del luogo in cui è situata la cosa. La stessa legge, astrazione facendo dalla capacità generale dell' individuo, regola tutto ciò che si riferisce alla successione *ab intestato* sugl' immobili, e la divisione di detta successione; la capacità di disporre di un immobile o di

[1] *Droit privé international*, n° 56, pag. 102 (3ª ediz.)

riceverlo per donazione tra vivi o per testamento; la quotità della porzione disponibile; le proibizioni di disporre tra gli sposi; tutto ciò che è relativo al regime dotale; le proibizioni fatte a certi individui di acquistare gl'immobili o alienarli; le obbligazioni che nascono dalla vendita di un immobile, le cause che ne operano la nullità, la risoluzione, la rescissione; le obbligazioni che risultano dalla locazione, dall'anticresi d'immobili; i diritti d'ipoteca legale convenzionale o giudiziaria. La legge del domicilio delle parti o di quello che dispone dei beni sarà applicabile qualora si trattasse di beni mobili.[1]

Sono questi i punti principali in cui noi ci troviamo in disaccordo col citato scrittore, e li abbiamo voluti notare per far conoscere in qual modo egli intende la realità della legge e i casi in cui applica esclusivamente la legge territoriale. Non possiamo in questo luogo confutarlo partitamente, ed esporre la nostra opinione senza sconvolgere l'ordine sistematico che ci siamo proposti seguire; ma confuteremo a suo luogo ciascuna delle proposizioni enunciate.

188. Quasi tutti gli scrittori francesi, forse per le tradizioni scientifiche loro tramandate dai grandi giureconsulti della Francia che scrissero prima della promulgazione del Codice Napoleone, ànno riprodotta a' tempi nostri la distinzione di leggi reali e personali, facendone applicazioni false e inconciliabili coi progressi del diritto. Alcuni in verità, come il Demangeat ed il Dragoumis, si allontanano dall'opinione della maggioranza, e sostengono principii più liberali, ma molti altri, se non si accordano in tutto col Foelix, accettano in gran parte le sue conclusioni a proposito della legge reale e della sua applicazione.

[1] Foelix, op. cit., n° 60.

189. Anche il Demolombe ammette come regola generale che le leggi reali reggono indistintamente tutti gl' immobili appartenenti agli stranieri.[1] Egli definisce la legge reale, quella che à per oggetto predominante ed essenziale i beni e che si occupa delle persone accessoriamente,[2] e non esita a considerare tra le altre, come leggi reali, tutte quelle che determinano i differenti diritti che ànno per oggetto i beni,[3] quelle che regolano la trasmissione dei beni *ab intestato*,[4] la legge sulla riserva e quotità dei beni disponibili[5] e quella che determina la parte del figlio naturale riconosciuto nella successione del padre e della madre,[6] quella che determina la quotità dei beni disponibili fra conjugi,[7] quella che dichiara l' inalienabilità della dote,[8] e conchiude che tutte le leggi reali in generale e particolarmente quelle da lui citate, reggono gl' immobili a chiunque appartengano. Noi ci siamo per ora limitati a riferire solamente le applicazioni per le quali opiniamo che il citato scrittore devii dai giusti principii, e lo dimostreremo a suo luogo.

Lo Zaccaria che è il più esatto e profondo espositore del Codice civile francese, e che nella sua dotta opera, non mai abbastanza studiata, à saputo conciliare la maggiore concisione con la massima chiarezza, si uniforma in certi punti ai due citati scrittori. Quantunque egli abbia dato la definizione più razionale dello statuto reale, il quale secondo lui « si compone delle leggi che ànno per oggetto immediato e principale di determinare la condizione giuridica dei beni » pure ammette che devono dipendere dallo statuto reale le regole relative alla devoluzione delle successioni *ab intestato* regolari o irregolari, ordinarie e anormali: alle succes-

[1] Demolombe, *De l'effet et de l'application des lois*, n° 90.
[2] Id., n° 76. [3] Id., n° 77. [4] Id., n° 79. [5] Id., n° 80.
[6] Id., n° 81. [7] Id., n° 83. [8] Id., n° 85.

sioni testamentarie: quelle che restringono la facoltà di disporre a titolo gratuito, sia in una maniera assoluta, sia relativamente a certe determinate persone: quelle che regolano la quota disponibile dei beni sia ordinaria, sia eccezionale.[1]

190. In Italia la teoria della prevalenza esclusiva della legge territoriale, per tutte le quistioni che si riferiscono alle cose, à un forte sostenitore nel Rocco insigne giureconsulto contemporaneo, che à pubblicata la sua dotta opera prima della promulgazione del Codice. Egli accetta come fondamentale la distinzione di leggi personali e reali, intende per leggi reali quelle che dispongono delle cose indipendentemente dalle persone, e per decidere nei casi particolari se debba a preferenza applicarsi la legge nostra o la straniera, esamina se nella disposizione prevale la personalità o la realità. La definizione che egli dà della legge reale[2] non è più chiara di quella dei suoi antecessori, e quindi non elimina gli equivoci, e dà luogo a false applicazioni. Egli infatti ammette che la legge nostra debba regolare non solo la condizione giuridica delle cose esistenti nel nostro territorio, ma anche ed esclusivamente i diritti successorii sugl' immobili, le donazioni tra conjugi, la quota legittima dei figli, i diritti del figlio naturale, l' età in cui è concesso fare testamento, la rivocabilità e caducità dei testamenti, l' irrevocabilità delle donazioni tra vivi, i diritti dei conjugi sui beni e tutti i diritti che ànno per oggetto gl' immobili esistenti nel nostro territorio, nonostantechè il soggetto del diritto sia straniero.[3]

191. Le più rigorose ed arbitrarie applicazioni di

[1] Zaccaria, *Droit civil français*, § 51, n° 2 e 5.
[2] Rocco, *Diritto civile internaz.*, parte 1a, cap. 19 e 20.
[3] Id., id., parte 2a, cap. 2, 4, 6.

tale dottrina sono quelle fatte nella legislazione e giurisprudenza inglese[1] in quella dell'America settentrionale, della Scozia[2] e di alcune parti della Germania.[3] Noi non staremo a farne l'enumerazione, perchè il generale principio, secondo la *Common Law*, è che i rapporti di qualunque natura sulla proprietà immobile devono essere retti dalla legge vigente nel territorio in cui i beni son situati. Questo principio si applica rigorosamente ai più minuti particolari, e quindi alla capacità ad acquistare, alienare e trasmettere; ai diritti derivanti o da legge, o da contratti, o da atti di qualunque natura; le forme stesse e le solennità necessarie per acquistarli devono essere regolati esclusivamente per la loro validità ed invalidità dalla *Common Law*. Dimodochè nessun atto per cessione o trasferimento di terra può essere valido (*give perfecte title*) senza che siano osservate le forme prescritte dalla legge locale (*except according to the formalities prescribed by the local law*).[4]

192. Le vaghe ed indeterminate disposizioni delle legislazioni di Europa favoriscono in certo modo l'opinione predominante. Il Codice di Baviera, il primo dei codici di Germania nell'ordine cronologico, sottomette alla legge *rei sitæ in causis realibus et mixtis* tutti i beni corporali o incorporali, mobili ed immobili. (Part. 3, c. 2, § 17.) Il Codice prussiano (§ 35, Introd.) dispone: « I beni immobili sono retti dalle leggi della giurisdi» zione nel dominio della quale sono situati, senza ri» guardo alla persona del proprietario. » Il Codice austriaco (§ 300): « Tutte le cose immobili sono sottoposte

[1] Story, *Conflict of Law*, chap. 10; Burge, *Comm. on colon. and foreign law*, Pt. 2ª, ch. 12.
[2] Livermore, *Dissertations*.
[3] Mittermaier, *Proced. compar.*, § 109.
[4] Story, § 450, 451, 455, 448.

» alla legge del luogo nel quale sono situate. » Il Codice francese (*art. 3, comma 2*): « Gl' immobili anche quelli » posseduti da uno straniero sono regolati dalla legge » francese. » Una disposizione conforme si trova nel Codice badese, in quello del regno di Polonia (*art. 3*), nel Noerlandese (*art. 7*), in quello del Cantone di Vaud (*art. 2*), di Berna (*art. 4*), di Friburgo (*art. 1*), di Luigiana (*art. 9*).[1] Anche il Codice civile italiano dispone: « I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo in » cui sono situati. »

193. Le ragioni con le quali si vuole giustificare tanta uniformità di diritto positivo, e le applicazioni che se ne sono fatte si fondano sul generale principio di diritto pubblico che il sovrano di ciascuno Stato esercita esclusivamente l' impero, l' autorità e la giurisdizione su tutto il territorio. E tale principio ammettiamo pur noi, intendendolo però nel suo giusto senso. Esso non giustifica le disposizioni generiche ed indeterminate di diritto positivo, le quali non sono sufficienti a distinguere nei casi particolari, quando la legge territoriale è assoluta e rigorosamente obbligatoria. Nè partendo dai concetti più indeterminati della personalità e della realità, è possibile riuscire a precisare quelle disposizioni in quanto si applicano ai rapporti giuridici, di cui le cose possono essere l' oggetto. Quindi sotto ogni rapporto è necessario ricercare principii più certi e più razionali.

194. È vero che il territorio è in certo modo la base materiale della sovranità dello Stato, che il sovrano esercita esclusivamente la giurisdizione e l' *jus terrendi*[2] in tutta l' estensione di quello, e che gl' im-

[1] Vedi Foelix, nº 59.

[2] « Territorium est universitas agrorum intra fines cujusque civitatis, » quod ab eo dictum quidam ajunt, quod Magistratus ejus loci intra eos fines » terrendi, id est submovendi jus habet. » (Dig., *De verb. signif.*, L. 239, § 8).

mobili che lo compongono non possono essere retti in tutto da una legge straniera, sol perchè il proprietario è straniero. Ma non è egualmente vero che tutti i rapporti fra un proprietario straniero e la cosa sua, i diritti di qualunque natura e a qualunque titolo, e la stessa capacità ad acquistare, alienare e trasmettere le cose immobili debbano dipendere dalla *lex rei sitæ*, come vorrebbe il Foelix. Ciò equivarrebbe a considerare i diritti dell'uomo e della famiglia quali accessorii alla terra come ai tempi della feudalità.

La costituzione feudale era basata essenzialmente sul regime della proprietà, e fu l'effetto della conquista. Ciascun capo banda s'istallò nei dominii più o meno vasti da lui conquistati, e divise la terra coi suoi compagni d'arme; ognuno dei quali senza sconoscere la preminenza del proprio capo divenne sovrano nell'estensione dei suoi dominii e del suo feudo, e per avere i suoi fidi, la sua corte, la sua armata suddivise le sue terre, e ne concesse una parte ai vassalli e sotto vassalli, e così si formò una catena che si estese sempre più e per la prepotenza dei signori e per la debolezza degli antichi proprietarii allodiali. Essendo questi impotenti a difendere i loro beni, furono costretti a mettersi sotto la protezione di un signore, e a considerare la loro terra come se l'avessero ottenuta originariamente da lui. Dimodochè il sistema feudale assorbì non solo le persone della razza conquistatrice, ma gli stessi indigeni proprietarii di terra: tutti divennero vassalli e sotto vassalli e la proprietà fu per tutti una concessione.

In questa vasta gerarchia di proprietà e di persone, che si chiamò il feudalismo, la terra assorbiva definitivamente l'individuo e tutti i suoi diritti. Ogni possessore di terra acquistava i privilegi annessi al suo feudo, e dovea possederlo e goderne secondo la costituzione

originaria e l' investitura ottenuta per grazia dal signore. Egli non acquistava i diritti di libero proprietario, e quindi non poteva disporre della cosa o trasmetterla a suo beneplacito, anzi i rapporti personali tra il possessore e la terra posseduta, i rapporti conjugali, quelli stessi di famiglia erano subordinati alla legge costante ed immutabile che regolava il possesso della terra, di cui era ultimo scopo conservare il carattere originario e costitutivo del feudo.

Quando si sentì il bisogno di organare un governo per avere un simulacro d'ordine in seno al caos gli Stati che sursero conservarono la natura di grandi feudi, e ciascun sovrano custodì gelosamente tutte le istituzioni relative alla proprietà della terra, le quali affettavano direttamente il principio politico e la costituzione dello Stato.

Se nei tempi nostri tale condizione di cose durasse tuttavia, noi comprenderemmo perfettamente la dottrina della realità delle leggi, ma invece è indubitato che fatti importanti ànno trasformato tutti gli ordinamenti sociali, e che alla sovranità e proprietà feudale è succeduta la sovranità nazionale e la libera proprietà. Oggi la sovranità non è più fondata su combinazioni fittizie, su privilegi, su rapporti territoriali come ai tempi del feudalismo; nè la possiamo considerare isolata, esclusiva assoluta nel suo territorio; nè tutte le disposizioni che ànno per oggetto i beni sono in stretta relazione col principio politico che regge ciascuno Stato, dunque non tutte le leggi che determinano i diritti delle persone sulle cose, e i modi pei quali queste si acquistano, si alienano, si trasmettono, devono applicarsi anche quando il proprietario sia straniero.

195. Le leggi che si riferiscono alle cose devono secondo noi dividersi in due categorie. Alcune servono

a conservare il principio politico economico e costituzionale dello Stato e l'organismo generale della proprietà; altre provvedono all'interesse privato del proprietario. Nessuno straniero può in virtù di atti, di contratti, di disposizioni di leggi, di obbligazioni di qualunque natura derogare il diritto pubblico dello Stato, ma può domandare che le disposizioni della sua legge nazionale, che regge i suoi interessi privati come proprietario, sieno applicate anche per i beni che egli possiede in territorio straniero per tutto ciò che non offende l'interesse dello Stato ed il diritto pubblico del luogo in cui le cose sono situate.

Senza perderci quindi a discutere sulla personalità e sulla realità dei diversi rapporti giuridici, ciò che non à alcuna importanza nel nostro sistema, tutta la quistione per noi si riduce ad esaminare in quali casi l'applicazione della legge straniera offenda il diritto pubblico del luogo in cui la cosa è situata.[1]

*196. La disposizione dell'art. 7 del nostro Codice civile: ***i beni immobili sono soggetti alla legge del luogo in cui sono situati*** è in armonia perfetta coi principii da noi sviluppati, nonostantechè per la sua redazione sia conforme all'***art. 3, comma 2,*** del Codice

[1] La teoria esposta in questo capitolo è lo svolgimento di ciò che scrivemmo prima della pubblicazione del Codice civile italiano (Vedi *Diritto Pubblico Internazionale*, Milano, 1865, pag. 133 in fine.) « Il cittadino nelle » sue relazioni giuridiche internazionali può invocare giustamente in qualunque territorio l'applicazione di quella legge che governa lo stato suo e » della sua famiglia, purchè l'applicazione della stessa nello Stato da cui » non emana, non offenda l'interesse politico ed economico dello Stato » medesimo, e non contradica a quei principii che il legislatore à consacrati » come leggi d'ordine pubblico. » E a pag. 136: « Perciò noi possiamo » stabilire il principio generale che ogni cittadino può acquistare proprietà » nei territorii delle singole nazioni, e può goderne pienamente secondo le » leggi che regolano i suoi interessi personali, purchè non leda l'interesse » della nazione presso cui esistono i beni. » Confr. pag. 298 e 303, traduzione Pradier-Foderé.

Napoleone tanto diversamente interpretato dal Foelix, dal Demolombe, dal Duranton e da molti altri scrittori francesi. Il nostro legislatore con la citata disposizione non à voluto rimettere in campo le quistioni famose della personalità e della realità, anzi le à eliminate assolutamente colle disposizioni contenute negli *art. 6, 8, 9,* coi quali si deve mettere in armonia l'*art. 7*. La capacità infatti di uno straniero ad acquistare o alienare un immobile è regolata dalla sua legge nazionale (*art. 6*). I diritti che gli stranieri possono acquistare sugl'immobili esistenti in Italia o per virtù di successione legittima o testamentaria, o per donazione, o per disposizione di ultima volontà, e la riserva dei diritti successorii, sono regolati dalla legge nazionale della persona della cui eredità si tratta (*art. 8*). I diritti che derivano da contratto sono retti dalla legge che informò originariamente la convenzione (*art. 9*). Rimane dunque che l'*art. 7* deve interpretarsi come sanzione giuridica del generale principio, che la sovranità esercita esclusivamente il dominio, e la giurisdizione in tutto il territorio, e quindi conserva il regime universale della proprietà, determina la condizione giuridica delle cose, regola l'esercizio dei diritti del proprietario, sia esso cittadino o straniero.

Interpretato in tal modo l'*art. 7* significa che il magistrato italiano non deve permettere che uno straniero invochi la legge del suo paese per alterare il regime economico della proprietà in Italia (come, per esempio, per gravare i beni di certe servitù permesse dal diritto feudale ma non riconosciute dalla legge nostra), o per alterare la condizione giuridica dei beni, e la natura e gli effetti del possesso, o per introdurre mezzi di esecuzione che non sono permessi dalla legge nostra, o per esercitare i suoi diritti provenienti da matrimonio, da vendita, da stipulazioni, da donazioni,

da sostituzioni e simili in contradizione col regime economico industriale ed agricolo della proprietà presso di noi. Ma non si può dire nella stessa guisa che il magistrato italiano debba impedire che il proprietario invochi la legge da cui dipende per tutte le quistioni d'interesse privato; come per decidere se i beni del minore straniero sieno o no alienabili, con o senza l'omologazione del tribunale; se i beni appartenenti alla moglie straniera sieno dotali, o comuni; se questa o quella sia la quota legittima spettante al figlio straniero.

197. Passando a discorrere della legge applicabile alle cose mobili, noteremo come la distinzione fatta dai giuristi antichi e da alcuni dei moderni tra cose mobili ed immobili sotto il rispetto della legge che deve regolarle, è a nostro avviso arbitraria, e non serve che ad accrescere la confusione che deriva da quella teoria. Essi infatti ammettono che tutti i rapporti giuridici ed i diritti sulle cose mobili devono essere regolati dalla legge del domicilio del proprietario, perchè alla persona di questo devono considerarsi come inerenti per una finzione di diritto. Per questo appunto è divenuto comunissimo l'adagio *mobilia ossibus personæ inhærent; mobilia non habent sequelam.* D'Argentré, Le Brun, Voet, Rodenburgo, Bretonnier, Bouhier, Boullenois,[1] e moltissimi altri accettano la distinzione, tanto importante nel loro sistema per le conseguenze giuridiche che ne derivano, e il Burgundio fra gli altri scrisse: *Bona moventia et mobilia ita comitari personam, ut extra domicilium ejus censeantur existere, adduci sane non*

[1] Argentré, *Consuetudines Britanniæ*, *De donatione*, art. 218, glos. 6, nº 30; Le Brun, *Traité des successions*, lib. IV, chap. 1, nº 28. P. Voet, *De stat.*, § 4, cap. 2, nº 2; Giov. Voet, *Ad Pand.*, lib. XXXVIII, tit. 17, § 34; Rodenburg, *De div. statut.*, tit. 1, cap. 2 in fine; Bretonnier, *Note ad Henrys*, lib. IV, quest., 127; Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, ch. 25, § 2; Boullenois, *De la personnalité et realité*, *Observ.* 19.

possum.[1] Tale distinzione conta i suoi sostenitori anche nei tempi nostri, e perchè valenti giuristi l'ànno ammessa, e perchè le disposizioni di diritto positivo sono talmente vaghe ed indeterminate che non dirimono ogni controversia.

Le cose mobili, scrive il Foelix, sia corporali che incorporali non possono per la loro natura avere una situazione certa come gl'immobili: la loro destinazione dipende dalla volontà della persona cui appartengono. Legalmente si presume che ciascuno abbia riunito tutti i suoi beni mobili nel luogo del suo domicilio; quindi quantunque di fatto si trovino altrove, per legale finzione si considerano come corredo della persona e devono essere regolati dalla stessa legge cui è sottoposto il proprietario. *Par une fiction légale on considère les meubles comme suivant la personne et comme étant soumis à la même loi qui régit l'état et la capacité de cette personne, et nous avons vu que cette loi est celle du domicile. En d'autres termes* (egli conchiude) *le statut personnel gouverne les meubles corporels ou incorporels. Ce statut est à leur égard réel par suite de la fiction qui le répute au lieu régi par ce même statut.* A sostegno della sua opinione cita non solo quasi tutti gli autori antichi che scrissero sulla materia, ma la maggioranza altresì dei moderni, e tra questi Kent, Duranton, Story, Burge, Valette, Schaeffner, Taulier, Rocco.[2]

La dottrina del Foelix è tanto generalmente accettata dagli scrittori antichi e moderni dell'Inghilterra e dell'America settentrionale, che taluni di questi credettero affermare che la teorica dovesse considerarsi di diritto delle genti, e Lord Longborough nella causa Sill si espresse in questi termini: « La è una massima a tutti

[1] Burgundus, *Tract.* 2, n° 20, p. 71 e 72.
[2] Foelix, n° 61, *Droit international privé.*

» nota non solo del diritto inglese ma della legislazione
» di ciascun popolo in cui la conoscenza del diritto è
» una scienza, che l'avere mobile non à alcuna situazione
» locale. Ciò non significa che le cose mobili non sono
» in un luogo visibile, ma che esse sono sempre sot-
» toposte alla legge della persona del proprietario, non
» solo rispetto alle disposizioni che vi si riferiscono, ma
» rispetto al diritto che il proprietario può avere di
» trasmetterle o di acquistarle per successione o di fare
» atti di qualunque natura. Esse seguono sempre la
» legge personale. »[1]

198. La dottrina sanzionata dalle diverse legislazioni positive è alquanto vaga ed indeterminata. Alcune ànno rigettato assolutamente la distinzione sottoponendo le cose mobili alla stessa legge che le immobili. Così è, per esempio, il Codice di Baviera, P. 1, C. 11, § 17, che dispone: « Nelle quistioni reali e miste si deve seguire
» ed osservare la legge stabilita in *loco rei sitæ* senza
» distinzione tra le cose mobili ed immobili. » I tribunali di Luigiana, secondo riferisce Story, applicano alle cose mobili la *lex rei sitæ* non quella del domicilio.[2] Ma gli altri codici si avvicinano all'opinione dominante nel tempo in cui furono redatti, e sembrano favorevoli alla distinzione. Il Codice Napoleone sanziona l'applicazione della *lex rei sitæ* per gl'immobili, e tace assolutamente circa le cose mobili. Si è detto quindi che la distinzione è tacitamente adottata dalla legge francese. Il Codice austriaco, § 300, dispone: « Le cose immobili
» sono soggette alla legge del territorio nel quale sono
» situate; tutte le altre cose sono sottoposte alla legge
» della persona del loro proprietario. » Il Codice prussiano, § 28: « I beni mobili di un individuo, senza tener

[1] Story, § 380.
[2] Id., § 386.

» conto della sua dimora attuale, sono retti dalla legge
» della sua giurisdizione ordinaria (cioè secondo la legge
» del domicilio, § 23).» Il Codice italiano: « I beni mobili
» sono soggetti alla legge della nazione del proprietario,
» salvo le contrarie disposizioni della legge del paese
» nel quale si trovano » (*art. 7*).

199. Nel sistema da noi accettato la distinzione non sussiste. Uno è a nostro credere il principio col quale deve determinarsi la legge applicabile alle cose sia immobili che mobili, nè dalla natura loro può desumersi alcun motivo per sottometterle ad un diritto diverso. Infatti quantunque l'adagio *mobilia ossibus inhærent* si possa giustificare considerando che le cose mobili possono essere trasportate da un luogo ad un altro, e a talento del proprietario sottratte alle leggi di quel luogo in cui erano poste, pure non si può sostenere che non si debba prendere in considerazione la *lex rei sitæ.* Primieramente l'atto stesso col quale una cosa mobile si vuol far passare dallo stato di quiete a quella di moto e disporne, può interessare il regime della proprietà, quindi secondo la *lex rei sitæ* devesi giuridicamente decidere quali sono le cose mobili e quali le immobili, e in quali casi possa essere permessa o proibita l'esportazione di una cosa, benchè mobile secondo la sua natura. Per i diritti reali poi che su di esse possono essere esercitati, in parecchi casi è la *lex rei sitæ* che deve a preferenza applicarsi; così con questa legge, quanto alle cose mobili, può esser deciso se il possesso valga per titolo, se possano essere pignorate o confiscate, e da quali atti di esecuzione colpite, e generalmente su tutto ciò che si riferisce al trasferimento di proprietà, al diritto d'ipoteca o ai privilegi cui possono esser soggette. In altre parole, la legge nazionale del proprietario reggerà le cose mobili, quando esse sono un accessorio

della persona e quando i rapporti giuridici che vogliono stabilirsi o i diritti che si esercitano non offendono i diritti della sovranità territoriale. Ma poichè lo stesso principio deve applicarsi agl'immobili, la distinzione rimane nel nostro sistema senza alcuna importanza. Rispettabili giureconsulti moderni, benchè formino una piccolissima minoranza, giudicano quella distinzione arbitraria, e tra questi citiamo Mühlembruch,[1] Eichorn,[2] Savigny[3] e De Chassat.[4]

Noteremo prima di conchiudere che in certi casi speciali il luogo occupato da una cosa mobile può essere così accidentale e variabile da escludere completamente l'applicazione della legge territoriale. Così è, per esempio, del bagaglio che un viaggiatore trasporta seco attraversando diversi territorii, o della merce spedita da un commerciante per mezzo della sua nave. Nei quali casi si può dire che le cose mobili si devono considerare al domicilio del proprietario, perchè non si possono considerare nel territorio di alcuno Stato. Ma fuori di questi casi nei quali la distinzione può avere qualche valore, è sempre secondo la natura del diritto che si vuole esercitare che si deve decidere se debba preferirsi la *lex rei sitæ* o quella della nazione del proprietario.

In conformità di questi principii si deve interpretare l'*art. 7* del Codice civile italiano, il quale dispone: « I beni mobili sono soggetti alla legge della nazione » del proprietario, salvo le contrarie disposizioni della » legge del paese nel quale si trovano. »

[1] *Doctrina Pandect.*, § 72.
[2] Citato da Foelix, § 61.
[3] *Traité du droit romain*, v. VIII, p. 170, 179.
[4] *De statuts*, n° 62, p. 95.

CAPITOLO II.

Della legge che deve regolare il possesso e la proprietà.

200. Possedere una cosa nel senso volgare e generale della parola significa avere fisicamente la cosa a sua disposizione. Questo fatto può essere considerato sotto triplice rapporto:

1° Come semplice fatto fisico senza relazione all'acquisto o all'esercizio di un diritto e corrisponde alla detenzione, o come altri dicono possesso naturale e che i Romani dicevano *esse in possessione*. Tale è il possesso del depositario e del conduttore che ritengono la cosa in nome altrui, e il possesso di chi la ritiene precariamente, i quali tutti rigorosamente *non possident, sunt tantum in possessione*.

2° Come un fatto che esiste per sè e prescindendo da ogni diritto, ma che produce conseguenze giuridiche. Questo è il possesso vero in senso tecnico o il possesso giuridico che risulta dal fatto di avere l'oggetto nella propria fisica disponibilità, e dall'*animus rem sibi habendi*. Il diritto corrispondente di vantaggiarsi degli effetti giuridici che ne nascono è l'*jus possessionis*.

3° Come manifestazione e conseguenza di un diritto preesistente, e questo deriva dal diritto di proprietà, ed è il fatto che corrisponde al rapporto giuridico che dicesi dominio. Il diritto che à il proprietario a tenere il suo possesso o a pretenderlo, quando non lo abbia, si dice *jus possidendi.*[1]

* 201. *a*) Per regola generale spetta esclusivamente alla legge del luogo in cui la cosa è situata di regolare il possesso, sia come stato di fatto, sia come causa di effetti essenzialmente giuridici. È infatti un principio di ordine pubblico che nessuno possa essere turbato o spogliato del possesso di una cosa, finchè non sia giuridicamente provato che il possesso è illegittimo; e che qualunque possessore possa valersi di tutti i mezzi giuridici permessi dalla legge del luogo nel quale possiede, o per far cessare le cause turbative, e così ritenere il possesso; o per farsi restituire nello stato anteriore allo spoglio, e così recuperare il possesso.

Da ciò non si deve dedurre che anche l'*jus possidendi* debba essere in tutto regolato dalla *lex rei sitæ:* esso infatti è una conseguenza del dominio, e dipende dalla stessa legge che deve governare l'acquisto dei diritti patrimoniali, semprechè la quistione abbia per obbietto il fondo del diritto. Quindi, se il proprietario legittimo non abbia il possesso e voglia pretenderlo in virtù del suo *jus possidendi*, non può rivendicare la cosa sua se non in conformità della *lex rei sitæ*, la quale deve regolare esclusivamente tutte le azioni possessorie; ma se l'attore invece di agire nel possessorio agisca nel petitorio, non è più la *lex rei sitæ* che deve applicarsi in tutti i casi, ma quella da cui dipende

[1] Il Codice nostro distingue il possesso civile in genere (Art. 685) dal possesso legittimo (Art. 686) e dalla detenzione o possesso naturale (Art. 2115).

l'acquisto della proprietà secondo le regole che esporremo nei capitoli seguenti.

Applicando questi principii si possono risolvere tutte le quistioni relative al possesso quando il proprietario o il possessore fosse straniero. Secondo la legge del luogo in cui vuole esercitarsi l'azione possessoria si deve decidere quali sono le cose e i diritti che possono esserne oggetto, le qualità di cui il possesso dev'essere rivestito, il tempo della sua durata necessario a fondare l'azione, gli atti esteriori che costituiscono la turbativa, e il tempo in cui l'azione possessoria dev'essere esercitata.

b) Passiamo a discorrere del più importante diritto reale, cioè del dominio, o diritto di proprietà. In senso generale sono considerate come suscettive di proprietà tutte le cose corporali o incorporali che ci appartengono, ossia che fanno parte del nostro patrimonio: in questo senso si è detto che le produzioni dell'intelletto, e le invenzioni d'ogni genere, che non sono al certo cose corporali, possono essere oggetto di proprietà, e lo stesso nostro legislatore all'*art. 1538* parla inesattamente di proprietà di diritti e di crediti, e di possesso dei medesimi. Nel significato più vero possono essere obietto di proprietà le cose corporali sulle quali una persona à un potere giuridico assoluto, esclusivo, irrevocabile, e il diritto corrispondente si dice dominio, o diritto di proprietà. Noi intendiamo parlare della proprietà nell'ultimo senso.

Ciascun sovrano nei limiti del territorio, in cui esercita la sua autorità, à il diritto di proteggere la proprietà, e impedirne qualunque distrazione o degradazione: di coordinare l'esercizio del diritto di proprietà cogl'interessi generali della politica associazione: di costringere il proprietario a pagare le imposte: di esi-

gere in certe circostanze determinate dalla legge la cessione dietro indennità della proprietà o dei diritti frazionarii che ne dipendono.

c) Da questi principii si deduce doversi determinare secondo la *lex rei sitæ* quali siano le cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata, e quali sieno quelle che si devono considerare *extra commercium;* ciò che si riferisce alla natura fisica e giuridica e alla composizione ed aggregazione delle cose appropriabili; quali possano essere le limitazioni all' esercizio del diritto assoluto di proprietà, determinate o dallo stesso Codice civile, o dalle leggi speciali, o dai regolamenti. Delle quali limitazioni della proprietà possiamo citare ad esempio quelle che nascono dalle leggi relative al regime delle foreste, al prosciugamento delle paludi, allo scavamento delle miniere, alla fondazione di manifatture opifizii ed officine perniciose, insalubri ed incomode; dal diritto che à il governo di appropriarsi dietro indennità i legnami di costruzione necessarii al servizio della marina, e d' impedire per le esigenze del Tesoro la coltura del tabacco; dal divieto di fabbricare sui terreni che sono entro un raggio di distanza dalle piazze di guerra o fortezze; dai regolamenti relativi alla sicurezza e comodità del passaggio nella via pubblica e dall'espropriazione forzata per causa di pubblica utilità.

d) Rispetto ai diritti principali, che sono compresi in quello di proprietà, notiamo che il proprietario può far servire la cosa a tutti gli usi compatibili con la natura di quella, e colla *lex rei sitæ.* Però è sempre secondo la legge da cui dipende il suo diritto, che deve determinarsi se egli à il *dominium plenum* o *minus plenum.*

Circa il diritto che può avere il proprietario di cedere la cosa sua per intiero o in parte, con atti tra vivi,

o di ultima volontà, di rinunziarvi puramente e semplicemente e senza scegliersi un successore, e di fare tutti quegli atti che la legge lascia al suo arbitrio, non è la *lex rei sitæ* che in tal caso deve applicarsi, ma sibbene quella stessa che regge il titolo dell'acquistó del dominio, e che determineremo nei capitoli seguenti.

La *rei vindicatio* finalmente, che è l'azione reale in virtù della quale il proprietario rivendica la cosa propria con ogni suo accessorio da qualunque possessore o detentore, l'azione pubbliciana e l'azione negatoria devono essere regolate dalla *lex rei sitæ*.

e) I modi di acquistare la proprietà sono diversi, e non possiamo esporre in questo luogo la legge che deve regolare ciascuno di essi. Certo si è che non si può stabilire come regola generale che tutto debba dipendere dalla *lex rei sitæ*. La distinzione ammessa comunemente da tutti i giuristi è di acquisto a titolo universale e a titolo particolare. Ciascuno di questi due modi può derivare da atti *inter vivos* e da atti *causa mortis*, e ne tratteremo partitamente nelle sezioni seguenti. I modi di acquistare la proprietà a titolo singolare *inter vivos* sono distinti in originarii e derivativi. I primi sono effetto della legge indipendentemente dalla volontà del proprietario e dalla traslazione: tali sono l'occupazione, l'accessione la specificazione, la confusione, la prescrizione e la tradizione. I secondi dipendono dalla volontà del proprietario e dalla traslazione, e sono l'effetto o di convenzioni, o di legati a titolo particolare, o di disposizioni a titolo gratuito.

Limitandoci a discorrere dei soli acquisti a titolo singolare originarii, è a ritenersi che tutti i giuristi si accordano nel riconoscere che essi devono dipendere esclusivamente dalla *lex rei sitæ*. Noi dividiamo la stessa

opinione, e ci pare che per i primi cinque modi sopratutto non possa sorgere alcuna seria difficoltà.

202. Alcuni, considerando la prescrizione come una istituzione di diritto civile, ànno voluto sostenere che agli stranieri non dev' essere dato di acquistare con la prescrizione; [1] ma tale opinione non si può giustificare.

È vero infatti che quella che nel diritto moderno chiamano prescrizione acquisitiva à più analogia con quella che i Romani chiamavano *usucapione* che colla *præscriptio longi temporis*, la quale non era propriamente un modo per consolidare un acquisto anteriore o almeno supposto preesistente, ma da prima era un mezzo concesso dal pretore ai possessori de' fondi provinciali per proteggere il loro possesso, e poi un'eccezione con cui si impediva la *rei vindicatio*. È vero che a Roma non era concessa ai peregrini l'usucapione, ma per la sola ragione che loro era vietato di avere il *dominium jure quiritium*. Ma innanzi al diritto moderno, che non distingue due specie di proprietà, e che ammette gli stranieri al godimento dei diritti civili, e specialmente di quello di proprietà, è un controsenso invocare i principii del diritto romano. Oggi la prescrizione acquisitiva più che un privilegio o un beneficio della legge, è un modo per consolidare un acquisto anteriore o almeno supposto preesistente, e poichè gli stranieri possono acquistare o per successione, o per donazione, o per contratto, la prescrizione, che è una presunzione legale che vi sia stato acquisto con uno dei modi suddetti, non dev' essere loro negata. [2]

Tutti i giuristi si accordano nell' ammettere che la prescrizione dei beni immobili, dei diritti reali su questi,

[1] Pothier, *Traité de la prescr.*, n° 20; Rayneval, *Inst.*, p. 153.

[2] Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 350; Zaccaria, § 78, n° 3; Dragoumis, p. 62; Troplong, *Prescr.*, I, 55; Demolombe, t. I, n° 243.

e delle azioni immobiliari, dev' essere regolata in tutto dalla legge del luogo in cui la cosa è situata. Alcuni solamente, considerando anche la prescrizione acquisitiva degl' immobili come un'*exceptio peremptoria*, ànno detto che debba dipendere dalla *lex fori*, per la ragione che il giudice non può tutelare la proprietà del possessore primitivo, quando sia decorso un certo tempo determinato dalla *lex fori*. Così la pensa il Titmann.[1] Ma noi invece opiniamo che non spetta al magistrato di creare il diritto delle parti, ma di riconoscerlo, dichiararlo e garantirlo, e quindi qualunque sia la legge del luogo in cui si fa il giudizio, è sempre secondo la *lex rei sitæ* che si deve decidere, se il fondo sia prescrittibile e se sia prescritto.

203. Più fondato è il disparere dei giuristi circa la legge che deve regolare la prescrizione acquisitiva delle cose mobili, che per la loro stessa natura si possono trovare sotto l' impero di leggi essenzialmente diverse.

Infatti il Codice civile italiano stabilisce (*art. 707*) riguardo ai beni mobili per loro natura, che il possesso produce a favore dei terzi in buona fede l' effetto stesso del titolo, e che (*art. 2146*) l' azione del proprietario o possessore della cosa mobile per riavere la cosa rubata o smarrita si prescrive nel termine di due anni. Il Codice Napoleone dispone che per le cose mobili il possesso vale per titolo, ma che quegli il quale abbia perduto o a cui sia stata rubata una cosa può rivendicarla contro colui che l' à nelle mani entro i tre anni a contare dal giorno della perdita o del furto (*art. 2279*). Secondo il Codice prussiano (parte 1ª, tit. 9, *art. 584*) il possessore anche di buona fede della cosa rubata non può prescrivere nè il possesso nè la proprietà; e si presume che l' abbia

[1] *De competentia legum*, nº 11.

comprata da un ladro quando non può indicarne il venditore (*art. 648*); cosicchè le cose rubate non si acquistano che col possesso pacifico di 40 anni. Per il Codice austriaco (*art. 1466*) il diritto di proprietà su di una cosa mobile si acquista coll' usucapione mediante il possesso pacifico di 3 anni; e (*art. 1476*) quegli che acquisti una cosa mobile direttamente da un possessore vizioso, o che non possa indicare il suo autore, deve attendere che scorra il doppio del tempo ordinario per l' usucapione.

Coloro che considerano le cose mobili al domicilio del proprietario per finzione di diritto, dicono che la prescrizione dev' essere regolata dalla legge del domicilio del proprietario. Questa regola però fa sorgere molte difficoltà. Noi troviamo infatti due persone le quali si reputano contemporaneamente proprietarie, e si può ragionevolmente dubitare se debba preferirsi la legge dell'antico proprietario, o quella del nuovo. Ammettendo che debba preferirsi la legge del domicilio dell' acquirente [1] si potrebbe domandare se verificandosi una mutazione di domicilio, durante il tempo necessario a prescrivere, debba applicarsi la legge del primo, o quella del nuovo domicilio. Può accadere finalmente che secondo la legge del luogo in cui la cosa si trova, non sia ammessa la prescrizione, o che quella data cosa non sia prescrittibile. E ciò basta a far conoscere che accettando l' esposta opinione s' incontrano moltissime difficoltà.

Altri considerando che per le cose mobili non si può determinare un luogo certo in cui il diritto di proprietà possa dirsi acquistato, opinano che debba preferirsi la *lex fori.* [2] Quantunque questa teoria modifichi la quistione, pure non la risolve, perchè, come abbiamo più volte notato, il tribunale innanzi a cui si

[1] Meyer, *De statutorum conflictu*, § 25.
[2] Tittmann, n° 11.

eleva la controversia, deve esaminare se il diritto sia o no acquistato, tenendo conto della legge che deve regolare l'acquisto del diritto stesso, non applicare la propria.

Lo Schaeffner dice che si deve tener conto della legge di quel luogo in cui fu primamente attuato il fatto da cui la prescrizione si vuol far dipendere. Se secondo le leggi del paese, in cui certe relazioni di fatto cominciarono ad esistere, la cosa mobile non era prescrittibile, non può divenire tale per colui che vuole prescriverla, solo perchè abbia trasferito il domicilio in un luogo in cui la cosa è prescrittibile. Anche pel tempo, dice egli, deve prendersi in considerazione la legge nel cui dominio le condizioni della prescrizione sono da prima divenute esistenti, nonostante che la cosa sia poi posseduta in un luogo retto da leggi diverse.[1]

204. Ma è d'uopo osservare che le relazioni le quali cominciano ad esistere tra il possessore di una cosa mobile e la cosa posseduta, si possono considerare come atti preparatorii; che lo stesso possesso continuo è per sua natura un rapporto puramente di fatto, e solo quando spira il tempo necessario a prescrivere, gli atti preparatorii ànno il loro ultimo compimento, e la proprietà si può dire acquistata. È perciò da ritenere che secondo la legge del paese in cui la cosa mobile è attualmente posseduta, deve decidersi se sia o no compita la prescrizione, perchè con lo spirare del termine fissato per prescrivere si verifica la traslazione della proprietà che fin' allora non era che preparata. A ciò si aggiunga che quando la cosa mobile è in un luogo determinato, qualunque questione relativa al suo acquisto per prescrizione interessa il regime della proprietà, ed è perciò

[1] Schaeffner, traduzione del Tenore, § 67.

che deve essere risoluta in conformità della legge territoriale. Ciò vale anche quando, durante il tempo necessario a prescrivere, la cosa sia passata per diversi paesi, dappoichè del compimento della prescrizione, ossia dell'acquisto della proprietà si deve giudicare secondo la legge del paese in cui la cosa nell'ultimo momento si trova.

È da notare però che acquistata una volta la proprietà della cosa colla prescrizione compita secondo la legge del luogo in cui la cosa trovavasi dev'esserne la proprietà riconosciuta dovunque, in modo che lo spostamento della cosa in un luogo in cui sia necessario un tempo maggiore per prescrivere non faccia perdere il diritto già acquistato.

205. La tradizione che, secondo dice Gaio,[1] è un modo di acquistare di diritto delle genti, e che dopo Giustiniano divenne un modo generale di acquisto per i Romani,[2] non è considerata da tutte le legislazioni necessaria al trasferimento della proprietà. Il Codice prussiano, 1, 10, § 1, l'austriaco (*art. 425*), quello di Baviera e di altri Stati ànno conservato il principio di diritto romano ***traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*** Il Codice francese al contrario (*art. 1138*), quelli su di esso modellati, e fra questi il Codice italiano (*art. 1448*), ammettono che l'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso dei contraenti, in modo che l'acquirente diventa proprietario, e la cosa rimane a suo rischio e pericolo dal momento in cui dovea essere consegnata, quantunque non ne sia seguita tradizione.

[1] « Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium trasferre, ratam habere. » L. 9, § 3, D., *De adquir. rer. dom.*

[2] *Ist.*, § 40, *De divis. rer.*

Delle conseguenze giuridiche di tali disposizioni faremo parola nel contratto di compra e vendita; per ora basti lo stabilire che per decidere se la tradizione sia o no necessaria per trasferire il dominio, si deve applicare la *lex rei sitæ* esclusivamente, quando si tratti d'immobili o di mobili esistenti in un luogo fisso, anche quando si trovassero accidentalmente nel tempo in cui ebbe luogo la convenzione. S'intende però che per le cose mobili si deve tener conto della *lex rei sitæ* nel momento in cui fu fatta la convenzione, in forza della quale la proprietà fu trasferita; e che qualunque posteriore spostamento della cosa non immuta il diritto già acquistato dal proprietario. Se poi le cose mobili non avessero una situazione certa come, per esempio, un carico di merce che si trova in mare, o una mercanzia che viaggia sulla strada ferrata, si deve applicare la legge del luogo, in cui si obbligò il proprietario, per decidere nell'uno o nell'altro caso, se vi sia stato trasferimento di proprietà.

Anche per gli effetti della traslazione della proprietà rispetto ai terzi si deve applicare la *lex rei sitæ*. Così, per esempio, secondo il Codice civile italiano (*art. 1932, 1942*), il trasferimento della proprietà degl'immobili non può avere effetto rispetto ai terzi senza la trascrizione. Quindi se un fondo situato in Italia fosse venduto a due stranieri in un paese retto da leggi diverse, quello dei due compratori, che farà trascrivere il suo titolo, potrà far valere a preferenza dell'altro il suo diritto reale di proprietà.

CAPITOLO III.

Dei diritti reali che possono modificare il diritto di proprietà.

206. Diritti reali sulla cosa altrui. — 207. Principali distinzioni delle servitù. — 208. Principii che devono regolare le servitù personali, ed applicazione degli stessi all' usufrutto e alla sua costituzione. — 209. Lo straniero può ottenere in usufrutto il fondo situato in Italia per aggiudicazione del magistrato da cui dipende. — 210. Estinzione del diritto di usufrutto. — 211. Locazione del fondo durante l'usufrutto. — 212. Vero carattere delle servitù prediali. — 213. Legge che deve regolarle. — 214. Enfiteusi. — 215. Condizioni necessarie all' efficacia di tale diritto. — 216. Sua costituzione. — 217. Diritto dell' enfiteuta di affrancare il fondo. — 218. Diritto di superficie.

206. Quantunque il diritto di proprietà sia per sua natura esclusivo, illimitato, assoluto, pure, date certe circostanze, può essere limitato. Una persona diversa dal proprietario può, in virtù di un diritto reale sulla cosa altrui, trarre da questa una parte dell'utilità, o impedire al proprietario di disporre della sua cosa in un certo modo.

Quando il proprietario non à il diritto esclusivo a tutta l' utilità che la cosa può dare, si dice che la cosa è gravata di servitù. Questo nome è stato adoperato dai giureconsulti romani per dinotare quella classe speciale dei diritti *in re aliena* riconosciuti dall'*jus civile*:[1] quelli cioè in virtù dei quali il proprietario è astretto a soffrire che altri faccia, o a non fare qualche cosa.[2] Gli altri diritti *in re aliena* poi riconosciuti dal Pretore

[1] Demangeat, *Cours de droit romain*, parte 1ª, p. 492.
[2] Pothier, *Ad Pand.*, lib. VIII, tit. 1, art. 1.

romano ebbero nomi speciali che ànno conservato anche nei tempi moderni, cioè diritto di superficie, diritto di enfiteusi e diritto d'ipoteca.

Può accadere altresì che tutti i vantaggi, derivanti dal dominio possano appartenere a più persone invece di appartenere ad una sola; ciò si verifica nel caso di proprietà *pro indiviso*, in cui il diritto di ciascun condomino si estende su tutta la cosa, e su ciascuna molecola di essa, ed incontra sempre il diritto eguale dell'altro condomino. Bisogna dunque determinare la legge che deve regolare ciascuno di questi diritti reali.

207. Le servitù distinguonsi principalmente in *personali* e *reali* o *prediali*. Le prime sono costituite pel vantaggio di una persona determinata, e non sono dovute che ad essa: le seconde sono costituite per l'uso e l'utilità di un fondo, e quantunque presuppongano una persona come soggetto del diritto, pure non competono ad un individuo come tale, ma come rivestito della qualità di proprietario del fondo a vantaggio del quale sono stabilite.

Non possiamo accettare la regola generale data da alcuni, che cioè le servitù sì personali che reali debbano essere regolate dalla *lex rei sitæ*,[1] sia che abbiano per oggetto una cosa immobile o mobile: e stimiamo indispensabile di precisare la natura di questi diritti per determinare la legge che deve regolarli.

Quelle legislazioni che considerano lo schiavo come una cosa corporale, o che permettono l'alienazione parziale della libertà dell'uomo in favore di un altro, considerano come servitù personali quelle che importano l'alienazione completa o parziale della libertà. Qualunque sia la legge che regoli simili rapporti, non

[1] Savigny, op. cit., § 368.

può avere alcun valore giuridico in un altro Stato che non ammetta la schiavitù o il feudalismo. La servitù secondo la sua vera idea è sempre un *jus in re aliena*, ed importa una limitazione al libero godimento della cosa, non della libertà personale del proprietario. Anche quelle che si dicono servitù personali attribuiscono un diritto reale ed un'azione reale, perchè è sempre la cosa che serve, mai la persona, e si dicono personali solo perchè il godimento del diritto è inerente ad una persona determinata, e non passa ai suoi successori, ma si estingue con essa.

Secondo il regime feudale possono annoverarsi parecchie servitù personali, ma in quei paesi, in cui il feudalismo è stato abolito, il loro numero è limitato. Il Codice Napoleone e gli altri su di esso modellati, e il Codice nostro ammettono infatti solamente l'usufrutto l'uso, e l'abitazione. Anzi per non confonderli con le altre servitù personali, permesse in altri tempi, il Codice Napoleone li chiama diritti di godimento, ed il nostro li dinota col nome generico di modificazioni della proprietà; affinchè il nome di servitù personali non facesse rinascere le antiche idee di feudalismo.

208. I principii che secondo noi dovrebbero regolare le servitù personali sono i seguenti:

1° Non si possono riconoscere altre servitù personali sui beni immobili o mobili esistenti nel territorio di uno Stato, che quelle non proibite dalla legge territoriale, sia che derivino dalla legge, sia da un fatto dell'uomo.

2° Quando il proprietario della cosa e quello cui appartiene il diritto di servitù siano cittadini di Stati diversi, e il titolo, da cui la servitù deriva, non determini completamente i diritti e le obbligazioni speciali reciproche, si applicherà per supplire la legge nazionale

del proprietario, per la ragione che il diritto di proprietà è sempre il diritto principale. Così, per esempio, se il proprietario di un fondo situato in Italia è italiano, e l'usufruttuario straniero, i frutti non ancora separati quando l'usufrutto finisce, apparterranno al proprietario, secondo dispone l'art. 480. Per la stessa ragione l'usufruttuario avrà diritto di godere delle miniere, delle cave e delle torbiere che sono aperte ed in esercizio nel tempo in cui comincia l'usufrutto, ma non avrà alcun diritto sulle cave, miniere e torbiere non ancora aperte al principiare di quello.

Lo stesso vale per gli obblighi dell'usufruttuario. Un prussiano usufruttuario di un fondo situato in Italia ed appartenente ad un italiano deve prestare cauzione di godere da buon padre di famiglia, quando non ne sia dispensato dal titolo del suo usufrutto, secondo dispone la legge nostra (*art. 497*), nonostantechè secondo il Codice prussiano (Parte I, tit. XXI, *art. 19, 20*), l'usufruttuario non sia tenuto a prestare cauzione, e solo vi può essere costretto con sentenza giudiziaria, quando vi sia timore di abuso da parte sua. La ragione è sempre che, essendo l'usufrutto una limitazione del diritto di proprietà, nel conflitto di due leggi deve sempre preferirsi quella del proprietario, perchè il suo diritto è principale.

3° Quando il proprietario e quello cui appartiene la servitù sono cittadini della stessa patria, si applicherà la loro legge non quella *rei sitæ* non solo per determinare quando la servitù si può dire costituita o per disposizione della legge o per un fatto dell'uomo, ma per determinare l'estensione dei diritti ed obblighi reciproci semprechè non ne sia offeso il regime della proprietà. Così, per esempio, secondo la legge nostra (*art. 228*) e secondo il Codice Napoleone (*art. 384*) è

accordato al genitore l' usufrutto dei beni avventizii del figlio. Tale diritto dovrebbe essere riconosciuto ovunque la cosa sia situata e qualunque sia la disposizione della *lex rei sitæ*. Per la stessa ragione l' usufrutto del terzo dei beni (Codice Napoleone, *art. 754*) in favore del padre o della madre, che succede al figlio in concorso con collaterali, i quali non sieno fratelli o sorelle o loro discendenti; l' usufrutto in favore del conjuge superstite sopra porzione dei beni dell' altro conjuge, sì nel caso di successione legittima (*art. 753*) che di successione testamentaria (*art. 812* Codice civile italiano) e simili dovrebbero essere riconosciuti dovunque, tenendo conto della legge francese o della nostra, non di quella vigente dove è situata la cosa.

209. Applicando lo stesso principio è opportuno notare che, se un magistrato straniero per far cessare il condominio di una cosa esistente in Italia ne aggiudicasse, secondo il Diritto romano, la nuda proprietà ad uno e l' usufrutto ad un altro, [1] non potrebbe essere un sufficiente motivo per non riconoscere l' usufrutto in Italia, che il nostro Codice non ammette l' aggiudicazione fra i modi di acquistarlo. Sarebbe necessario distinguere come nel numero antecedente, e se i condomini appartengono al paese retto dal Diritto romano, l' usufrutto acquistato per aggiudicazione dovrebbe valere anche in Italia. Il nostro Codice ammette infatti che l' usufrutto può essere costituito per legge, e se, giusta la legge da cui dipendono i condomini, lice al giudice, nelle azioni divisorie, di attribuire ad uno dei condividenti la proprietà della cosa, e all' altro la servitù personale dell' usufrutto sulla cosa stessa, non v' à ragione per sostenere che tale giudizio debba essere

[1] Fragm. 6, § 1, D., *De usufr.*, VII, 1.

inefficace in Italia sol perchè non è secondo la *lex rei sitæ;* anzi è da ritenere che tutti i diritti che l'usufruttuario acquista come tale debbano essere garantiti dal nostro magistrato.

210. Con gli stessi principii si può determinare la durata e l'estinzione dell'usufrutto e i diritti e gli obblighi reciproci del proprietario e dell'usufruttuario.

Supponiamo, che due cittadini romani siano l'uno usufruttuario e l'altro proprietario di un fondo fruttifero situato in Italia, e che quando l'usufrutto finisce sorga questione se i frutti *extantes* appartengano al proprietario o all'usufruttuario. Secondo il diritto romano, l'usufruttuario non acquista la proprietà dei frutti separati, di quelli cioè staccati dalla cosa che li produsse, per qualunque causa, o per maturità, o dal vento o per un fatto dell'uomo, ma solo dei frutti percetti, di quelli cioè che sono nel suo possesso mediante un atto di apprendimento *apprehensio.* Secondo il diritto nostro al contrario i frutti separati dalla cosa che li produce, appartengono all'usufruttuario. Essendo le parti cittadini della stessa patria, e trattandosi di una quistione che non interessa il regime della proprietà, ma i rapporti privati tra proprietario e usufruttuario, il magistrato italiano dovrà in conformità della legge romana decidere che i frutti solamente separati ma non percetti al termine dell'usufrutto non appartengono all'usufruttario e ai suoi eredi, ma al proprietario della cosa fruttifera. Tanto più che la massima che regola presso di noi le cose mobili, per le quali il possesso vale per titolo, non ne è offesa perchè i frutti separati, che non sono nella fisica disponibilità dell'usufruttuario, non si possono dire posseduti.

211. Abbiamo detto però che la legge nazionale delle parti non si deve applicare quando offenda il regime

della proprietà del luogo in cui la cosa è situata, e per determinare la nostra eccezione, stando nell'ipotesi stessa, supponiamo che l'usufruttuario romano dia il fondo fruttifero in locazione e conduzione per 5 anni, e che nel quinquennio in corso cessi l'usufrutto e si elevi il dubbio se il proprietario della cosa fruttifera debba rispettare la locazione.

Secondo il diritto romano la locazione fa nascere soltanto obbligazioni reciproche fra i contraenti, ma non alcun diritto sulla cosa immobile locata in favore del conduttore. Perciò il proprietario, che rientra nel pieno dominio della cosa fruttifera, non è tenuto a rispettare una convenzione che non fu conclusa nè da lui nè dai suoi antecessori, e la locazione della cosa usufruita cessa col cessare dell' usufrutto.[1] Al contrario secondo la legge nostra il conduttore acquista un certo diritto di ritenere la cosa immobile locata per un determinato tempo fissato dalla legge, o per quello stabilito per convenzione, e perciò anche il compratore della cosa locata deve rispettare la locazione fatta dal venditore. Nessun dubbio che tale modo diverso di considerare la locazione e conduzione dipenda dai principii diversi che regolano il regime generale della proprietà, e perciò, benchè il proprietario e l'usufruttuario siano romani, non potrebbero invocare la loro legge in contradizione di quella che regge la proprietà presso di noi, e il proprietario deve rispettare la locazione anche quando cessa l'usufrutto colle norme stabilite dall'articolo 493 del Codice civile.

Per le stesse ragioni l'uso o l'usufrutto dei terreni boschivi esistenti in Italia; le azioni che l'usufruttuario o l'usuario possono esercitare sulla cosa fruttifera; le

[1] Fragm. 9, § 1, D., *Locati*, XIX, 4.

quistioni relative all' usucapione o alla prescrizione di tali servitù; e simili, devono risolversi applicando esclusivamente la *lex rei sitæ*. Le stesse regole si applicheranno all' abitazione.

I principii esposti sono in armonia con le disposizioni sanzionate dal nostro legislatore. L' art. 476 del Codice civile stabilisce infatti che i diritti di uso, di usufrutto e di abitazione sono regolati dal titolo da cui derivano: la legge non supplisce che a quanto non provvede il titolo, salvo che non disponga diversamente. Dalla quale disposizione si argomenta che quando l' usufrutto derivi da una legge straniera, questa, che è il titolo del diritto, deve regolarne il godimento salvo le eccezioni da noi fatte.

212. Le servitù prediali debbono per regola generale essere regolate esclusivamente dalla *lex rei sitæ*, e questo principio non soffre alcuna eccezione. Le servitù legali infatti sono inerenti ai fondi, e dipendono o dal modo di essere e dalla situazione di questi, o sono stabilite nell' interesse della proprietà fondiaria, o nell' interesse dello Stato o dei Comuni: accompagnano quindi il fondo in qualunque mano si trovi, e si devono considerare come qualità appartenenti al fondo dominante, che importano una limitazione del fondo serviente. Tali servitù devono adunque essere regolate dalla legge stessa in virtù della quale sono stabilite.

Le servitù possono anche stabilirsi con un fatto dell' uomo. Ogni proprietario può gravare il suo fondo in favore di quello appartenente ad un altro proprietario di tante specie di servitù, quante sono le maniere di utilità che un fondo può arrecare ad un altro.[1] Anche le servitù stabilite dalla legge possono in generale essere

[1] L. 7, D., *Communia prædiorum*, VIII, 4.

modificate o determinate in un modo più preciso, mediante convenzione, nel qual caso esse avrebbero un doppio fondamento. Se fossero stranieri i proprietarii rispettivi di due fondi, e la servitù fosse stata costituita sotto il dominio della loro legge, è sempre secondo la *lex rei sitæ* che deve decidersi se tale servitù possa essere efficace. Se, per cagion d'esempio, i due fondi fossero situati in Italia o in Francia, non potrebbe essere giudiziariamente efficace una servitù che assoggettasse a tale titolo il proprietario del fondo serviente a prestare servigi personali, o che gl'imponesse un'obbligazione di fare o di dare. Il nostro Codice à sanzionato il principio di diritto romano *nulla servitus in faciendo consistere potest* e quindi dispone (*art. 643* conforme all'*art. 698* del Codice Napoleone) che quando pure il proprietario del fondo serviente fosse tenuto in forza del titolo alle spese necessarie per l'uso e la conservazione della servitù, può liberarsene abbandonando il fondo serviente al proprietario del fondo dominante. Nel fatto le servitù che arrecassero un'utilità ad una persona, o che imponessero un'obbligazione personale di fare, non sarebbero servitù prediali, perchè queste sono assolutamente indipendenti dalla persona dei proprietarii o dei possessori dei fondi, e sono dovute da cosa a cosa in modo che il proprietario o possessore del fondo serviente deve solo soffrire che si faccia tale o tal'altra cosa sulla proprietà, o astenersi dal fare certi atti. *Servitutem non hominem debere sed rem*, scrisse Labeone.[1]

213. Quindi conchiudiamo che le servitù prediali interessano direttamente il regime territoriale della proprietà, e devono perciò essere regolate dalla *lex rei sitæ*

[1] L. 6, § 2, D., *Si servitus vindic.*, VIII, 5.

quando derivano direttamente dalla legge. Quando poi sono stabilite dal fatto dell'uomo, è sempre secondo la *lex rei sitæ* che deve decidersi quali siano le servitù di cui i fondi possono essere gravati; quale ne sia la natura; e il limite del diritto del proprietario nello stabilirle.

214. L'enfiteusi è un diritto reale sulla cosa immobile altrui, in virtù del quale si può fruire e godere della cosa nel modo più ampio possibile, a condizione però di non deteriorarla e di pagare al proprietario un canone annuo. Quantunque tale diritto derivi dal contratto enfiteutico, pure considerato in sè come un diritto reale che modifica il diritto assoluto di proprietà, è soggetto alle stesse regole che il diritto di proprietà, e gli altri diritti frazionarii del dominio. È quindi necessario per determinare la legge che deve applicarsi, distinguere bene il contratto, di cui si deve giudicare colle norme che esporremo a suo luogo, dal diritto reale, il quale a somiglianza degli altri *jura in re aliena* dev' essere retto dalla *lex rei sitæ* per tutto quello che può interessare il regime della proprietà.

215. Indipendentemente dalla validità o invalidità del contratto enfiteutico è sempre secondo la *lex rei sitæ* che si deve decidere della sua efficacia. Ciò vale per tutti gli altri contratti consensuali che importano un *jus in re aliena*, i quali benchè validi e legittimi secondo la legge del luogo in cui furono stipulati, possono essere assolutamente inefficaci, se i diritti reali che ne derivano non sono riconosciuti dalla *lex rei sitæ*, o sono dichiarati contrarii al regime della proprietà.[1] Tali, per esempio, sarebbero quei contratti per diritti censuarii non redimibili o di signoria baronale, permessi dalle leggi feu-

[1] Vedi cap. IV, sezione seguente.

dalì ma non riconosciuti dalla nostra, e lo stesso deve dirsi del diritto di enfiteusi ammesso dalla legge nostra, quando il fondo esista in un paese che non lo riconosca.

216. Qualora la *lex rei sitæ* riconosca il diritto di enfiteusi, e la costituzione di tale diritto si sia verificata sotto il dominio di una legge straniera, per tutte le questioni, che possono sorgere tra il concedente e l'enfiteuta, si deve applicare a preferenza la legge territoriale o quella del contratto, secondo che la materia che fa nascere il conflitto interessa o no il regime della proprietà.

Per concretare le idee ci riferiamo al Codice nostro, che riconosce l'enfiteusi, e osserviamo che quantunque si volesse sostenere che secondo la legge nostra non vi sia altro modo per la costituzione del diritto reale di enfiteusi che il contratto enfiteutico, pure se un romano possessore di beni in Italia volesse per atto di ultima volontà costituire un'enfiteusi, il diritto dell'enfiteuta dev'essere riconosciuto presso noi, perchè è validamente costituito secondo la legge del testatore.[1]

Sempre nell'ipotesi che il concedente e l'enfiteuta siano romani, si applicherà la loro legge per decidere se il tesoro scoperto nel fondo enfiteutico appartenga all'enfiteuta o al proprietario: e poichè la legge romana dispone che l'enfiteuta non acquista il tesoro, perchè non è un frutto, ma solo la metà come inventore, tale disposizione si applicherà nonostantechè il nostro Codice disponga diversamente (*art. 1561*) perchè è una quistione d'interesse privato. Per la stessa ragione si applicherà la legge da cui dipendono i soggetti del diritto per decidere se il concessionario possa disporre del suo diritto per atto tra vivi o di ultima volontà, e se sia

[1] Cost. 1, *Cod. de jure emphyt.* IV, 66.

tenuto ad alcuna prestazione al domino diretto per la trasmissione.

217. Non si può dire lo stesso circa il diritto che può avere l'enfiteuta ad affrancare il fondo. Quantunque l'enfiteuta ed il concedente fossero romani, quantunque la legge romana non conceda all'enfiteuta il diritto di redenzione o affrancazione, se il fondo enfiteutico è situato in Italia l'enfiteuta avrà il diritto di affrancare il suo fondo, mediante il pagamento di un capitale in denaro corrispondente all'annuo canone sulla base dell'interesse legale; o al valore dello stesso canone, se è in derrate, sulla base del prezzo medio di questo negli ultimi 10 anni, secondo dispone la legge nostra (*art. 1564*). È evidente che questa disposizione interessa l'organamento della proprietà, tantochè neppure un patto espressamente stipulato varrebbe a menomare tale diritto dell'enfiteuta (*art. 1557*). Per la stessa ragione è secondo la *lex rei sitæ* che deve decidersi se sia lecita la subenfiteusi, la quale non potrebbe aver luogo per i fondi situati in Italia (*art. 1562*); se il concedente possa chiedere, e se l'enfiteuta debba fare ogni 29 anni la ricognizione del diritto del concedente, come dispone la legge nostra (*art. 1557*); e per tutte le azioni reali derivanti dall'enfiteusi.

Con gli stessi principii si possono risolvere le altre quistioni relative all'enfiteusi, che noi ci asteniamo di svolgere.

218. Del diritto di superficie che è pure un diritto reale, *jus in re aliena*, che si può acquistare o mediante contratto o per atto di ultima volontà, noi non ci occuperemo di proposito. Per le grandi analogie che esistono tra questo diritto e l'enfiteusi, quantunque questa abbia per oggetto il il suolo e quello il soprassuolo, si possono risolvere conformemente ai principii già esposti i

conflitti facili a sorgere nel caso che la legge cui sono sottoposti il *superficiarius* e il *dominus soli* sia diversa da quella del luogo in cui è situato l' immobile su cui cade il diritto reale di superficie. Del pegno poi e dell' ipoteca che sono pure diritti reali, discorreremo nel capitolo seguente.

CAPITOLO IV.

Della legge che deve regolare il diritto di pegno e d' ipoteca.

219. — Vera natura del diritto di pegno e d'ipoteca. — 220. *Legge che deve regolare: a)* L'idoneità delle cose che possono essere pignorate; — *b)* La costituzione del diritto di pegno; — *c)* La sua efficacia; — *d)* Il pegno giudiciale o testamentario costituito all'estero; — *e)* Il pegno di crediti e titoli nominativi; — *f)* L'azione pignoratizia; — *g)* L'anticresi; — *h)* I diritti che derivano dall'anticresi e la loro efficacia; — *i)* I privilegi e le ipoteche privilegiate. — 221. Necessità di distinguere il diritto reale d'ipoteca dall'azione ipotecaria. — 222. Art. 2123 del Codice Napoleone e ragioni con le quali si è voluto giustificarlo. — 223. Sua critica. — 224. L'ipoteca convenzionale dev'essere riconosciuta dovunque. — 225. Dell' ipoteca legale. — 226. Il fondamento dell'ipoteca legale è la tacita convenzione. — 227. Legge che deve regolarla. — 228. Disposizioni di diritto positivo circa le principali specie d'ipoteca legale. — 229. Applicazione della nostra dottrina. — 230. Opinione degli scrittori circa l' ipoteca legale della donna maritata, sui beni che il marito possiede in paese straniero. — 231. Opinione nostra. — 232. Condizioni necessarie all'efficacia di tale diritto. — 233. Ipoteca giudiziaria. — 234. Dottrina degli scrittori francesi, fondata sull'art. 2123 del Codice Napoleone. — 235. Confutazione e opinione nostra.

219. Chiunque contrae obbliga se stesso i suoi eredi e gli aventi causa all' adempimento dell'obbligazione per-

sonale e può essere legalmente costretto dal creditore alla soddisfazione del debito con tutti i suoi beni presenti e futuri, mobili e immobili, corporali e incorporali. Siffatta garanzia necessaria a rendere efficaci le obbligazioni personali è ammessa da tutte le legislazioni, ma non ingenera in favore del creditore un *jus in re* su tutti i beni che il debitore possiede nel momento in cui si obbliga. Essa vale soltanto per tutti quei beni che il debitore possiede nel momento in cui il titolo è dichiarato esecutivo, i quali possono essere indistintamente espropriati dal creditore con tutti i mezzi permessi dalla legge del luogo in cui la cosa esiste.

Con questa garanzia generale, che affètta i beni indirettamente e in conseguenza della obbligazione personale, non si deve confondere il diritto di pegno e d'ipoteca, che è un diritto reale, *jus in re aliena,* costituito in favore del creditore, il quale a garanzia speciale del suo credito à il diritto di perseguitare la cosa del debitore nelle mani di chiunque, finchè non ottenga il pagamento del suo credito.

Il diritto che acquista il creditore ipotecario, limita e modifica il diritto di proprietà; ed è questa la differenza dell'obbligazione personale e dell'ipotecaria, che in virtù della prima il proprietario non è impedito di alienare e trasferire i suoi beni immuni da qualunque gravezza, perchè è la persona direttamente obbligata, mentre la seconda stabilisce un diritto inerente alla cosa, e la facoltà di farla vendere contro qualunque possessore; a meno che questi non volesse pagare senza alcuna deduzione il debito di cui la cosa è gravata.

Dovendo limitarci ad esporre solamente le regole per risolvere i possibili conflitti di legislazioni, cominceremo dal notare che per tutto ciò che si riferisce al contratto di pegno, o ai requisiti per la sua validità, sarà

necessario applicare le regole che esporremo nella sezione seguente; in questo luogo dobbiamo discorrere unicamente del diritto di pegno e d'ipoteca come *jura in re aliena*.

*220. *a*) Per determinare quali sono le obbligazioni che possono essere garantite con pegno o ipoteca, si deve applicare la legge cui l'obbligazione è per se stessa sottoposta. Ma per l'idoneità della cosa, che può essere ipotecata o impegnata, si deve applicare esclusivamente la *lex rei sitæ*. Così, per esempio, mentre secondo il diritto romano possono essere ipotecate od oppignorate tutte le cose alienabili ed in commercio, corporali od incorporali, presenti e future,[1] secondo il Codice nostro possono essere oppignorate solamente le cose mobili corporali e incorporali; ed ipotecati i beni immobili per la loro natura o che dalla legge sono considerati come tali, cioè l'usufrutto coi suoi accessorii, ad eccezione dell'usufrutto legale degli ascendenti; i diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici; le rendite sopra lo Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico (*art. 1967*). Quindi se un romano ipotecasse o oppignorasse una servitù rustica, come servitù da costituirsi in futuro[2] su di un fondo situato in Italia, o una servitù prediale o personale di qualunque natura ad eccezione dell'usufrutto, tale contratto sarebbe assolutamente inefficace presso noi pel diritto reale, perchè la cosa è inidonea ad essere passiva di pegno o d'ipoteca secondo la legge nostra. Si dica lo stesso di un'ipoteca su cose mobili o del pegno di un diritto di pegno o d'ipoteca[3] o del pegno generale su di un'*uni-*

[1] Cod., *Quæ res pignori obligari possunt vel non*, VIII, 47; Dig., *Quæ res pign. vel hypot. datæ obligari non possunt*, XX, 3; Dig., *De pign.*, XX, 1.
[2] L. 12, D., *De pignor.*, XX, 1.
[3] C., *Si pignus pignori datum sit*, VIII, 24.

versitas rerum[1] e sopra cose non nominate individualmente.

b) Quanto alla costituzione del diritto di pegno e alla sua validità devesi giudicare secondo la legge sotto la quale il pegno fu costituito. Però il creditore non può far valere il suo diritto nel luogo in cui si trova la cosa, se non quando abbia adempito tutte le condizioni necessarie secondo la *lex rei sitæ*, affinchè il suo diritto possa essere efficace.

Secondo il gius romano il pegno può essere costituito per convenzione, per disposizione di ultima volontà, per autorità del magistrato o della legge[2] e dà origine ad un'*actio in rem.*[3]

Secondo la legge nostra il pegno può derivare da un contratto, col quale il debitore dia al creditore una cosa mobile per sicurezza del credito (*art. 1878*). Il creditore acquista il diritto di farsi pagare con privilegio sulla cosa oppignorata, a condizione che questa gli sia stata data in consegna, e sia rimasta in suo potere, o in potere di un terzo scelto dalle parti; e quando esista un atto pubblico o una scrittura privata, che contenga la dichiarazione della somma dovuta, della specie e natura delle cose date in pegno, e che abbia annessa una descrizione della loro qualità, misura e peso, se il valore del pegno sia maggiore di 500 lire (*art. 1879-80*).

c) È certo che, in qualunque modo sia stato costituito il pegno in un paese retto dal diritto romano, se mancò originariamente la tradizione, e la cosa mobile oppignorata sia stata trasportata in Italia, il creditore

[1] « Universorum autem bonorum pignus totum efficit debitoris patrimonium tam præsens quam futurum. » (Mühlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 306); L. 9, C., *Quæ res pign.*, VIII, 17.

[2] Gaii *Instit.*, II, 59, 60; Dig., *De pignor. et hyp.*, XX, 1; Cod., *Quæ res pign.*, VIII, 17.

[3] § 3-12, Ist., *De act.*, IV, 6; L. 17, § 2, D., *De pact.*, II, 14.

non può reclamare la cosa in giustizia contro il terzo possessore, nè può esercitare il suo privilegio sulla cosa se egli stesso ne sia divenuto possessore per una circostanza accidentale e senza tradizione. Quantunque infatti si potesse dire a primo aspetto, che i beni mobili sono retti dalla legge nazionale del proprietario, e che il diritto legittimamente acquistato su di essi non può essere modificato col traslocamento della cosa, pure considerando che qualunque azione reale affètta direttamente il regime della proprietà, si deve conchiudere che il creditore non può esercitare il suo diritto sulla cosa esistente in Italia, invocando un' istituzione inconciliabile col diritto nostro e colla legge che regge il possesso e la proprietà presso di noi.

Questo principio si applicherà sì al pegno civile che al commerciale pel quale, secondo la legge nostra, è sufficiente che le merci oppignorate siano nei magazzini del creditore o sulle sue navi, o in quelli del suo commissionario in dogana o in altri pubblici depositi a sua disposizione, o che il creditore sia munito della polizza di carico o della lettera di vettura debitamente girata prima dell' arrivo della merce (*Codice commerciale, art. 190.*)

d) Supponiamo al contrario che in un paese retto dal diritto romano, per sicurezza dei legatarii o dei creditori sia stato costituito un pegno dal testatore,[1] e che, nel giorno in cui il debito comincia ad esistere, le cose oppignorate siano state effettivamente consegnate al creditore o legatario per garanzia del suo credito: ovvero che il magistrato abbia immesso il creditore nel possesso di una cosa determinata del debitore per garanzia del suo credito,[2] e che la cosa oppignorata sia trasportata

[1] L. 1, Cod., *Comm. de leg.*, VI, 43; Mühlenbruch, § 311.

[2] L. 26, pr. D., *De pign. act.*, XIII, 7; C., *De prætorio pignore*, VIII, 22.

in Italia. In questi e simili casi non si può negare al creditore l'*actio pignoratitia in rem* per la semplice ragione che la nostra legge non riconosce nè il pegno testamentario, nè il pegno giudiciale, perchè della costituzione del pegno non si deve decidere secondo la legge nostra. Purchè il creditore abbia nel suo possesso la cosa per garanzia del suo credito, o che l'abbia ottenuta per disposizione testamentaria, o per disposizione del giudice, o per convenzione, può far valere il suo diritto contro i terzi e far riconoscere dal nostro magistrato la sua facoltà di farsi pagare con privilegio sulla cosa oppignorata.

e) I crediti e gli effetti all'ordine e i titoli nominativi di qualunque natura possono essere oppignorati. Alcune leggi dispongono che il privilegio sopra i crediti oppignorati non può valere rispetto ai terzi, che quando ne sia fatta notificazione al debitore del credito oppignorato. (*Codice civile italiano, art. 1881.*) Secondo altre legislazioni, come, per esempio, quella del Massachussets, il diritto del nuovo creditore diventa perfetto col solo possesso del titolo, ed indipendentemente dalla notificazione al debitore.[1] Secondo la legge inglese la notificazione del pegno al debitore è necessaria solamente per designare la nuova persona che nei casi previsti dalla legge ha diritto di esigere il pagamento della somma dovuta: dimodochè, mancando la notificazione, se il credito sia colpito col sequestro da un terzo creditore e questi ne ottenga il pagamento, il debitore è sgravato; ma se il creditore pignoratizio può *pendente lite* notificare al debitore che il credito fu dato in pegno, non ostantechè prima della notificazione sia stato sequestrato da un terzo, non perde il suo privilegio.

[1] Story, *Conflict of Law*, § 397.

Se uno straniero dia in pegno un suo credito esigibile da un italiano senza notificazione al debitore, e un terzo creditore sequestri la somma dovuta nelle mani del debitore, si può elevare il dubbio se il titolo di colui che sequestrò il credito sia poziore di quello del creditore pignoratizio. Alcuni, considerando che il credito è una cosa mobile nel possesso del creditore, dicono che è secondo la legge di questo che si deve giudicare se per costituire un pegno sia necessaria la notificazione al debitore del credito oppignorato.[1] Altri invece sostengono che deve applicarsi la legge del domicilio del debitore.[2] Ma poiche il credito non è un *corpus* capace di una posizione locale, ma un *jus incorporale*, è inutile discutere se debba applicarsi la legge del debitore o quella del creditore. E come il credito non è esigibile che al domicilio del debitore, il privilegio non può aver nessun valore rispetto ai terzi, che in conformità della legge del debitore; e perciò se il credito è esigibile in Italia, qualunque possa essere la legge del creditore, il privilegio non ha luogo sopra il credito oppignorato che quando il pegno risulti da un atto scritto, e ne sia stata fatta notificazione al debitore (*art. 1881*).

f) Circa gli effetti del pegno, osserviamo che in generale il diritto che acquista il creditore pignoratizio sulle cose oppignorate, e quello del debitore e le loro obbligazioni reciproche sono regolate dalla legge cui è per se stesso sottoposto il contratto di pegno da cui derivano, e questa deve regolare pure l'*actio pignoratitia directa* e l'*actio pignoratitia contraria*, ma le azioni reali e le azioni possessorie sulla cosa oppignorata devono essere rette dalla *lex rei sitæ*.

Supponiamo, per esempio, che il debitore eserciti

[1] Burge, *Comm. on colon. and foreign Law*, Pt. 2ª, cap. 20, p. 777.
[2] Rodemburg, *De div. stat.*, tit. 2, cap. 5, § 16.

un' *actio pignoratitia directa* contro il creditore per costringerlo a restituirgli la cosa datagli in pegno, e che si voglia estimare a che sia tenuto il creditore nel caso di perdita o deterioramento della cosa: ciò deve farsi tenendo conto solamente della legge sotto cui il pegno ebbe origine. Quindi se conformemente a questa la perdita della cosa data in pegno libera il creditore soltanto nel caso di forza maggiore, egli sarà tenuto *de levissima culpa* non ostantechè diversamente disponesse la legge del luogo in cui la cosa attualmente si trova. Nello stesso modo si deve decidere se il creditore sia tenuto a render conto non solo dei frutti percetti, ma di quelli che per sua colpa mancò di percipere. Supponiamo invece che un creditore pignoratizio appartenente ad un paese retto dal diritto romano voglia esercitare l' azione serviana o quasi-serviana sulla cosa oppignorata contro il detentore attuale in Italia.[1] Secondo il diritto romano il creditore à un *jus in re* sulla cosa oppignorata[2] e non solo può valersi degl' interdetti possessorii[3] per far rispettare il suo diritto, ma può perseguitare la cosa oppignorata nelle mani di chiunque.[4] Al contrario secondo il diritto nostro il creditore pignoratizio non à un possesso legittimo, ma solo il possesso naturale o la detenzione. Egli à un privilegio sulla cosa il quale può valere quando la cosa gli sia stata consegnata, e finchè rimane in potere suo o di un terzo scelto dalle parti (*art. 1882*): mancata la detenzione, cessa il privilegio. Quantunque il diritto sia stato acquistato sotto il dominio della legge romana, per la regola generale che le azioni posses-

[1] Demangeat, *Cours de droit romain*, vol. II, p. 522; Mühlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 319; Ist., *De act.*, lib. IV, tit. 6, § 7, Dig., *De pign. act.* (XIII, 7).

[2] L. 17, Dig., *De pign.*, XX, 1.

[3] Dig., *De adquir. vel amit. poss.*, XLI, 2.

[4] L. 18, § 4, Dig., *De pign. act.*, XIII, 7.

sorie e le azioni reali sulle cose mobili ed immobili devono essere regolate dalla *lex rei sitæ*, il creditore non potrà esercitare l'azione pignoratizia che in conformità della legge nostra.

Per la stessa ragione se la legge sotto cui il pegno fu costituito, permettesse il patto commissorio come era per diritto romano prima della costituzione di Costantino,[1] e il creditore volesse invocarla in Italia per appropriarsi la cosa oppignorata, provando che il debitore è decaduto da qualunque diritto per non avere soddisfatto il suo debito alla scadenza, non lo potrebbe certamente, perchè la nostra legge non solo non permette questo patto direttamente lesivo pel debitore, ma dispone altresì che qualunque convenzione in contrario è nulla. Aggiungiamo altresì che se il pegno sia stato costituito a Roma, e il creditore volesse in virtù del diritto che gli accorda la legge romana, *jus distrahendi pignus*,[2] vendere in Italia il pegno per pagarsi col prezzo ricavato dalla vendita, non lo potrebbe, perchè la legge nostra dispone che il creditore pignoratizio non può vendere la cosa oppignorata che dopo avere ottenuto una sentenza giudiziaria (*art. 1884*). Quindi non potrebbe invocare la sua legge in contradizione di quella che regola il possesso e la proprietà presso noi.

g) Il diritto di anticresi à molta analogia col diritto di pegno, e deriva da una convenzione mediante la quale il debitore concede al creditore di usare e fruire della cosa fruttifera e percipere i frutti dell'immobile in luogo degl'interessi. Per tutto ciò che si riferisce alla natura del contratto e all'estensione del diritto che acquista il creditore, si deve applicare la legge del luogo

[1] L. 3, Cod., *De pactis pign. et de lege commissoria in pignor. rescind.*, VIII, 35.

[2] *De distr. pign.*, C., VIII, 28; Dig., *De distract. pignor.*, XX, 5.

in cui ebbe origine il diritto stesso; solamente per l'esercizio del diritto e delle azioni reali sulla cosa data in anticresi si deve applicare la *lex rei sitæ*. In contraddizione di questa opinione vi è quella del Foelix, il quale dice: « le obbligazioni che derivano dalla locazione o » dall'anticresi d'immobili, devono essere rette dalla *lex* » *rei sitæ*. »[1]

h) Supponiamo, per esempio, che un fondo fruttifero situato in Italia sia dato in anticresi da un proprietario romano al suo creditore, e che la convenzione abbia luogo sotto il dominio della legge romana. Secondo quella legge l'anticresi si considera come un patto aggiunto al pegno o espressamente o tacitamente.[2] In virtù dell'anticresi tacita il creditore acquista il diritto di far suoi i frutti, imputandoli a sconto degl'interessi leciti;[3] nell'anticresi poi propriamente detta non è proibito appropriarsi i frutti, anche quando eccedano la quantità lecita degl'interessi.[4] Il creditore acquista un diritto sulla cosa e può goderne per sè e per i suoi successori fino al pagamento della somma dovuta.[5] Secondo la legge nostra al contrario il creditore acquista il diritto di far suoi i frutti dell'immobile datogli in anticresi, ma coll'obbligo d'imputarli a sconto degl'interessi e quindi del capitale (*art. 1891*). Egli non acquista un diritto reale sulla cosa, perchè l'anticresi non produce effetto che nei rapporti tra debitore, creditore e loro eredi (*art. 1897*).

Applicando la regola generale da noi stabilita, diciamo che i diritti e gli obblighi fra creditore e debi-

[1] Foelix, *Droit international privé*, n° 60 in fine.

[2] Mühlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 321; L. 8, Dig., *In quibus caus. pign. vel hypoth tac. contr.*, XX, 2.

[3] D., Id., id, L. 2, Cod., *De partu pign. et omni causa*, VIII, 25.

[4] L. 14, 17, C., *De usuris*, IV, 32.

[5] L. 11, § 1, Dig., *De pign. et hypot.*, XX, 1; Pothier, *Hypoth.*, ch. 5.

tore, la costituzione dell'anticresi e l'estensione del diritto che essa conferisce, saranno regolati dalla legge romana. Ma se il creditore volesse perseguitare la cosa situata in Italia nelle mani di un terzo, non lo potrebbe perchè la legge nostra non riconosce in favore del creditore, che à un fondo in anticresi, che il diritto di ritenzione congiunta col possesso della cosa, che dura quanto il possesso medesimo (*Codice civ.*, *art. 1893*, *1897*) e può quindi valere in conformità della legge che regola il possesso e la proprietà presso noi. Per la stessa ragione il patto commissorio non potrebbe invocarsi innanzi ai tribunali nostri perchè è espressamente proibito (*art. 1894*).

i) Passando ora a discorrere dei privilegi e delle ipoteche, cominceremo dal dichiarare, che non possiamo ammettere l'opinione del Foelix, il quale dice che i diritti di privilegio o d'ipoteca convenzionale, giudiziaria o legale sugl' immobili, devono essere regolati dalla *lex rei sitæ*. Bisogna fare molte distinzioni desumendole dalla natura di questi rapporti giuridici, e cominceremo col notare che dei privilegi e delle ipoteche non si può discorrere nello stesso modo.

I privilegi derivano dalla legge e non possono avere altra origine, perchè consistono in un favore attribuito ad un credito per la sua natura, in virtù del quale il creditore acquista il diritto di essere pagato a preferenza degli altri creditori.

L'ipoteca al contrario è un diritto reale sulla cosa altrui, *jus in re aliena*, che può derivare dalla convenzione, da una sentenza giudiziaria, e dalla legge, e in virtù del quale il creditore può agire direttamente contro la cosa consacrata al pagamento di un debito, indipendentemente dalla qualità del debito stesso.

Noi ammettiamo che dei privilegi o del *jus præla-*

tionis nel concorso di più creditori, si debba giudicare secondo la *lex rei sitæ*, sia che si tratti di cose immobili come di cose mobili. La ragione è che nessun legislatore può concedere favori oltre i limiti nei quali à autorità, e nessuno straniero può prevalersi del maggior favore che il suo credito gode innanzi alla sua legge con pregiudizio dei diritti che i terzi possono avere acquistati sulla cosa stessa sotto la garanzia della *lex rei sitæ*. Questo principio si deve applicare non solo alle ipoteche privilegiate, ma ai privilegi sui mobili a qualunque titolo: come, per esempio, al privilegio del commissionario per le anticipazioni sulle mercanzie che gli sono state consegnate o spedite da un'altra piazza, a quello dell'albergatore sul bagaglio di un viaggiatore per le fatte somministrazioni e per la sua mercede.

221. Rispetto poi all'ipoteca, è necessario distinguere il diritto reale, che acquista il creditore sulla cosa altrui, dagli effetti che ne emergono e dall'azione ipotecaria. Il diritto reale, *jus in re*, affètta il fondo direttamente e lo accompagna nelle mani di chiunque in modo che la cosa si può considerare obbligata fino alla soddisfazione del debito. Tale diritto è sempre un accessorio dell'obbligazione personale di cui garantisce l'esecuzione, e purchè non offenda il regime della proprietà territoriale, dev'essere regolato dalla stessa legge che regola l'obbligazione principale, sia che derivi da convenzione espressa delle parti, sia che derivi da disposizione della legge o da sentenza giudiziaria.

Al contrario l'azione ipotecaria è un'azione reale, in virtù della quale il creditore può agire contro il terzo detentore del fondo ipotecato, e farlo condannare ad abbandonare il fondo o a soddisfare il debito, non già perchè il convenuto avesse alcuna obbligazione personale verso di lui, ma come possessore del fondo, che

è direttamente obbligato. Pel generale principio che le azioni reali devono essere regolate dalla *lex rei sitæ*, l'azione ipotecaria deve esercitarsi in conformità della legge territoriale, e quando sieno adempiute tutte le condizioni da questa richieste, perchè il creditore cui appartiene il diritto d'ipoteca possa intentarla.

222. Applicando questi due principii alle diverse specie d'ipoteche osserviamo che non si può in nessuna guisa giustificare la dottrina sanzionata dall'art. 2128 del Codice Napoleone, il quale dispone: *Les contrats passés en pays étrangers ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités.*

Si è voluto giustificare questa massima colla considerazione che non si può riconoscere in uffiziali stranieri un'autorità che il solo sovrano può dare nel regno.[1] Si è detto pure che, quantunque l'obbligazione sia di diritto delle genti, l'ipoteca è di diritto civile, e che può valere nei limiti in cui impera la sovrana autorità da cui deriva: che gli atti fatti da uffiziali pubblici stranieri non sono rivestiti dell'autenticità necessaria a produrre l'ipoteca, perchè il solo sovrano può attribuire l'autenticità ad un atto: che *Obligatio extra Galliam contracta, pro simplici chirographo est in Gallia:*[2] che il diritto, che acquista un privato di sequestrare o vendere un immobile, importa giurisdizione ed esecuzione, e che non può essere conferito da un sovrano o dai suoi delegati per i beni situati in altro Stato.[3]

223. Questi e tutti gli altri argomenti sono fondati

[1] Persil., *Reg. hypoth.*, art. 2128, n° 1; Massé, *Dr. comm.*, n° 821.
[2] Mornac, sulla legge ult., Dig., *De jurisd.*, n° 11; Grenier, *Traité des hypothèques*, n° 12, 13.
[3] Dalloz, *Jurispr. génér.*, voce *Hypothèque;* Battur, n° 507.

sulla confusione del diritto d'ipoteca coll'azione ipotecaria, e sulla falsa applicazione dello statuto reale.

Quando il sistema ipotecario della Francia era retto dai principii dell'antica legislazione; quando tutti gli atti notarili producevano di diritto l'ipoteca su tutti i beni presenti e futuri, indipendentemente dalla stipulazione e dall'iscrizione nei registri pubblici, era facile confondere due cose essenzialmente distinte, l'ipoteca, cioè, e la sua forza esecutoria, e stabilire come regola che gli atti notarili fatti all'estero non potevano produrre ipoteca. Ma sotto il regime ipotecario moderno il creditore, per rendere efficace il suo diritto, deve prendere l'iscrizione nei registri pubblici e rinnovarla, in modo che l'ipoteca prende grado e produce effetto dal momento dell'iscrizione. Egli può fare subastare l'immobile obbligato in garanzia del suo credito, quando non sia stato pagato, però non può fare tutto ciò di sua privata autorità, ma deve promuovere un giudizio di espropriazione innanzi all'autorità giudiziaria, seguitando una procedura determinata dalla legge per ottenere una sentenza che autorizzi la vendita, e per ottenere il pagamento del suo credito in concorrenza degli altri creditori ipotecarii, che presero grado per i loro diritti sullo stesso immobile. Tutti gli atti di esecuzione dunque che derivano dal diritto d'ipoteca sono nel fondo e nella forma soggetti alla legge ed all'autorità del magistrato locale, e non dipendono in nessuna guisa dal sovrano, o da uffiziali pubblici stranieri.

La disposizione dell'art. 2128, del Codice Napoleone è un'infelice rimembranza dell'ordinanza del 1629, la quale stabiliva (*art. 121*): *Les contrats ou obligations reçues en royaumes et souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en France*, *mais tiendront* (*les contrats*)

lieu de simples promesses. Ma è un controsenso richiamarla in vigore ai tempi nostri per sostenere che l'ipoteca convenzionale stipulata all'estero non debba produrre effetto, e che il creditore ipotecario debba essere costretto a convenire il suo debitore innanzi al magistrato francese, e farlo condannare per ottenere così un'ipoteca per sentenza giudiziaria. Ciò offende la buona fede colla quale si devono garantire tutti i diritti che derivano da un'obbligazione validamente contratta, ed è inconciliabile colla nostra dottrina.[1]

224. L'ipoteca convenzionale deriva infatti dalla libera volontà delle parti. Nella stessa guisa che il proprietario può disporre liberamente della cosa sua, donarla, trasmetterla, alienarla, può assegnarla in garanzia del suo debito, e gravarla d'ipoteca, e quando l'atto giuridico è valido, deve produrre i suoi effetti dovunque per tutto ciò che attiene alla costituzione del diritto.

Per l'efficacia poi di tale diritto e per gli effetti che ne possono derivare noi applichiamo la regola generale che vale per tutti gli altri diritti reali, che cioè non possono essere efficaci in contradizione delle leggi vigenti nel luogo in cui il diritto si vuol far valere; ammettiamo quindi che l'ipoteca è inefficace quando le cose non sono ipotecabili, secondo la *lex rei sitæ*, che non può valere in Francia o in Italia sui beni presenti e futuri, che non può essere generale ed indipendente dall'iscrizione, che non può derivare da un atto pubblico senza espressa convenzione, ma non possiamo ammettere che il creditore che voglia uniformarsi alle prescrizioni della legge francese non abbia diritto a domandare ed ottenere l'iscrizione in Francia in virtù del suo contratto fatto all'estero. Opiniamo in-

[1] Confr. Duranton, nº 562; Sapey, *Les étrangers en France*; Troplong., *Privil. et hypot.*, nº 511; Dragoumis, p. 110.

vece che, indipendentemente dai trattati e dalle leggi politiche, del diritto d'ipoteca si debba giudicare come di qualunque altro diritto che può derivare da un contratto dichiarato esecutorio.

225. A primo aspetto potrebbe credersi che questi principii non siano applicabili all'ipoteca legale, la quale deriva immediatamente dalla legge senza bisogno di esplicita convenzione delle parti. Ma studiando bene la natura di tale istituzione, non troviamo ragioni per modificare i nostri principii.

Si è detto infatti che l'ipoteca legale è essenzialmente diversa dall'ipoteca convenzionale, perchè s'impone inevitabilmente malgrado qualunque convenzione in contrario ed è una creazione della legge, mentre l'altra deriva dalla convenzione delle parti; che si deve considerare come un favore tutto personale concesso dal legislatore, che può valere nel suo territorio; [1] che quand'anche l'ipoteca convenzionale si volesse considerare di diritto delle genti, ciò non potrebbe valere assolutamente per l'ipoteca legale. [2]

Non vogliamo discutere se l'ipoteca sia di diritto delle genti o di diritto civile perchè tale discussione non avrebbe alcun interesse nel nostro sistema dopo avere dimostrato che non si può fare alcuna differenza fra cittadini e forestieri circa il godimento dei diritti civili, [3] come stimiamo inutile discutere se l'ipoteca legale si possa confondere col privilegio. Quantunque infatti essa sia una creazione della legge, non si può considerarla assolutamente come un favore concesso dal legislatore ed equipararla al privilegio, che ne è essenzialmente distinto. Il solo punto discutibile è se l'ipoteca

[1] Soloman, *Essai sur la condition juridique des étrangers*, p. 63.
[2] Troplong, nº 592.
[3] Vedi Preliminari, cap. 3, nº 33.

legale sia essenzialmente diversa dall' ipoteca convenzionale, ed è questo che noi vogliamo contradire.

226. Studiando infatti il carattere vero dell' istituto giuridico che i moderni chiamano ipoteca legale, e che i Romani chiamarono *hypotheca tacita,* troviamo che il suo fondamento non è il favore o il privilegio, ma la tacita convenzione, *quasi id tacite convenerint.*[1] Questa è l'opinione del giureconsulto Paolo: *Item* QUIA CONVENTIONES ETIAM TACITE VALENT *placet in urbanis habitationibus locatis, invecta et illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerint.*[2] Così la pensa pure Negusantio giureconsulto italiano che nel XVI secolo scrisse un trattato pregevolissimo sotto il titolo *De pignoribus et hypothecis:—Lex in omnibus tacitis hypothecis* FINGIT PACTIONEM ET CONVENTIONEM *partium contrahentium, quamvis expressa non fuerit, et est perinde ac si in veritate hypoteca illa fuisset costituta per conventionem.*[3]

L' ipoteca è un accessorio dell' obbligazione personale di cui garantisce l' adempimento, e riceve le stesse modificazioni che sono inerenti all' obbligazione che ne è la base. È un principio incontestabile che della forza di un' obbligazione, della sua natura e degli effetti immediati che da essa derivano, si deve giudicare secondo la legge sotto cui l' obbligazione stessa divenne perfetta, e che le parti sono obbligate non solo a quello che espressamente stipularono, ma a quello che tacitamente consentirono, *quia conventiones etiam tacite valent.* Quindi se, giusta la legge sotto cui le parti si obbligarono, all' obbligazione personale sia inerente

[1] L. 4, pr. Dig., *In quibus causis pignus vel hypoteca tacita contrahitur* (XX, 2.) L. 7, pr. *eodem;* L. 7, Cod., *In quib. caus. pign. tac. contr.* (VIII, 15).

[2] L. 4, pr., D., *De pactis* (II, 14).

[3] I, memb. 4, no 14.

l' ipoteca in favore del creditore per espressa disposizione, questa deve produrre effetto dovunque, come se fosse stata esplicitamente stipulata. È vero infatti che essa è domandata dalla pubblica autorità in nome e nell' interesse del creditore, ma è sempre tacitamente consentita dal debitore come accessorio necessario e garanzia della sua obbligazione personale.

*227. Non si può dire che essa sia un favore personale sol perchè deriva dalla legge, perchè nelle obbligazioni poste in essere sotto il dominio di una legge, questa non ne determina solo il valore giuridico e ne garantisce l'adempimento, ma vale altresì a determinare la natura dell' obbligazione ed è il complemento della convenzione: *Ea enim quæ auctoritate legis vel consuetudinis contractum comitantur eidemque adhærent naturalia a doctoribus appellantur. Lex enim altera est quasi natura et in naturam transit.*[1] Noi quindi conchiudiamo che l' ipoteca legale, come diritto risultante da tacita convenzione, deve essere riconosciuta dovunque, salvo sempre per la sua efficacia le eccezioni fatte nel numero antecedente, e che noi chiariremo con qualche applicazione.

228. Varie sono le cause da cui deriva l' ipoteca tacita secondo il diritto romano: alcuni ne enumerano fino a 26.[2] Nelle legislazioni moderne il numero è più limitato. Il Codice civile italiano dà l' ipoteca legale: 1° Al venditore o altro alienante sopra gl' immobili alienati per l' adempimento degli obblighi derivanti dall' atto di alienazione; 2° Ai coeredi, soci ed altri condividenti sopra gl' immobili caduti nell' eredità, società o comunione pel pagamento dei rifacimenti o conguagli; 3° Al minore e all' interdetto sui beni del tutore; 4° Alla mo-

[1] Lauterbach, *Dissert.* 104, parte 3ª, n° 58.
[2] *Quibus causis pign. vel hypot. tac. contr.* (XX, 2).

glie sui beni del marito per la dote e i lucri dotali; 5° Allo Stato sopra i beni dei condannati per la riscossione delle spese di giustizia (*art. 1969*).

Il Codice Napoleone attribuisce l'ipoteca legale alla donna maritata sui beni del marito, al minore e all'interdetto sui beni del tutore, allo Stato, ai comuni e stabilimenti pubblici sui beni dei loro ricevitori o amministratori (*art. 2121*). Si può considerare come un'ipoteca legale quella che à il legatario sugl'immobili della successione pel pagamento del suo legato (*art. 1017*). Al venditore poi sull'immobile venduto pel pagamento del prezzo ed ai coeredi sugl'immobili della successione quel Codice da un privilegio (*art. 2103*) che degenera in semplice ipoteca e prende grado dal giorno dell'iscrizione, se non fu iscritto nel tempo fissato per la sua conservazione (*art. 2113*).

229. Tra gli altri titoli di credito ai quali il Diritto Romano concede l'ipoteca legale, vi ha quello del marito sui beni di colui che intervenne nel contratto nuziale e si obbligò a costituire la dote.[1] Se il promissore avesse parte dei suoi beni in Italia ed il marito domandasse di prendere su questi l'iscrizione, non gli può esser negata per la semplice ragione che la legge nostra non ammette tale specie d'ipoteca legale. È vero infatti che l'art. 7 del Codice civile dispone che i beni immobili sono soggetti alla legge del luogo in cui sono situati, e che la legge nostra nella specie indicata richiederebbe la convenzione esplicita; ma considerando che il diritto fu acquistato sotto il dominio della legge romana, che il marito accettò la promessa della dote colla garanzia dell'ipoteca sui beni del promissore, che questo diritto acquistato per convenzione tacita divenne parte integrante dell'ob-

[1] L. un., § 1, Cod., *De rei uxor. act.* (V, 13).

bligazione personale, e che della sua costituzione si deve giudicare secondo la legge sotto cui fu acquistato, si deve conchiudere che il marito à diritto di domandare e di prendere l'iscrizione ed il grado uniformandosi alle disposizioni del nostro Codice civile per rendere il suo diritto efficace in Italia.

230. Si è lungamente quistionato se la donna maritata debba godere l'ipoteca legale sui beni del suo marito situati in territorio straniero. Molti scrittori ànno sostenuto la negativa, fondandosi sulla considerazione che tale specie d'ipoteca è un'istituzione di diritto civile, e che non può essere attribuita agli stranieri. Così la pensa il Duranton, il quale riporta a sostegno della sua opinione una sentenza della Corte di Amiens,[1] ed il Grenier il quale dice: « È incontestabile che il diritto ci-
» vile di una nazione protegge unicamente i cittadini pei
» quali questo diritto è stabilito, e non si comunica as-
» solutamente ai cittadini di un altro Stato ai quali tale
» diritto è estraneo. »[2] Altri ànno negato che sia un'istituzione di diritto civile e ànno sostenuto che debba essere regolata dalla legge del luogo in cui giace l'immobile, perchè lo statuto che vi si riferisce è uno statuto reale. Così la pensa il Merlin, Paulo Pont e Troplong,[3] il quale dimostra che l'ipoteca legale di cui gode la donna maritata è di diritto delle genti, e che deriva non dal contratto, ma dal fatto della celebrazione del matrimonio, e conchiude che malgrado tutto quello che vi è di civile circa il modo col quale l'ipoteca si acquista, gli stranieri non possono essere esclusi dal goderne.

[1] 18 août 1834, Sirey, 35, 2, 481.

[2] Duranton, n° 292; Grenier, n° 216; Aubry et Rau, nota 15 al § 264; Zaccaria, Massé, *Dr. comm.*, n° 827; Dalloz, *Hypot.*, n° 868, il quale cita molte sentenze dei tribunali francesi.

[3] Merlin, *Répert.*, v. *Remploi*; Pont, *Privil. et hypot.*, n° 432; Troplong, n° 513.

Considera inoltre che la legge che dà l'ipoteca alla moglie sugl'immobili del marito situati in Francia è uno statuto reale, e che affètta tutti gl'immobili ivi situati senza tener conto della persona che li possiede, e ne conchiude che la donna maritata straniera deve godere l'ipoteca legale in Francia.[1]

Non ostante il grande rispetto che sentiamo per l'eminente giureconsulto e per i lumi soprattutto che à dato alla scienza col suo profondo trattato sulle ipoteche, dobbiamo dichiarare che la base del suo ragionamento è difettosa. La confusa teorica della personalità e della realità delle leggi à potuto fuorviare uno dei più splendidi ingegni. Ammettendo infatti la dottrina del Troplong ne siegue che quand'anche la legge sotto cui fu celebrato il matrimonio non attribuisca alla moglie l'ipoteca legale, essa avrebbe sui beni situati in Francia ed in Italia gli effetti ipotecarii concessi dalla *lex rei sitæ* alla donna maritata. Quindi la donna neerlandese avrebbe l'ipoteca legale sui beni del marito situati in Francia nonostantechè la legge dei Paesi-Bassi non dia alla moglie tale diritto.

Questa conseguenza contradice un principio per noi incontestabile, che cioè gli atti e le obbligazioni non possono avere altri effetti da quelli che loro attribuisce la legge da cui sono retti. Oltrechè noi troviamo molto ben fondata sotto questo rispetto la ragione addotta dalla Corte di Liegi,[2] la quale negò ad una donna francese l'ipoteca sui beni che suo marito possedeva nel Belgio, perchè quantunque l'ipoteca sia un diritto reale,

[1] Confr. Bartolo, Sulla legge *cunctos populos*, C., *De summa trinit.*, n° 27; e Molineo sulla stessa legge; Persil, *Quest. sur les privil. et hypot.*, lib. II, cap. 5, § 2; Balleroy De Renville, *Privil. et hypot.*, t. II, p. 232; Battur, *Traité des priv. et hypot.*, n° 510; Dalloz, *Répert*, *Hypot.*, n° 15; Chardon, n° 64; Tessier, n° 1091.

[2] 16 mai 1825, Pasicr. Belge, 440.

pure, essendo stabilito per garanzia di un'obbligazione personale, la sua applicazione a tutela dei diritti della donna non può costituire uno statuto reale.

Per ovviare tutti gl'inconvenienti il Foelix ed il Rocco ànno sostenuto che l'ipoteca legale della donna maritata deve essere subordinata a tre condizioni: che la legge del luogo in cui è situato l'immobile riconosca tale specie d'ipoteca; che l'ammetta pure la legge del domicilio della persona che vuole goderne; che esista un trattato fra i due Stati il quale permetta a reciprocità il godimento di tal diritto alla donna maritata. [1]

231. Il principio fondamentale della nostra teoria è che la personalità giuridica dell'individuo dev'essere rispettata dovunque indipendentemente dai trattati e dalle convenzioni, e che i diritti legittimamente acquistati devono essere riconosciuti dovunque, purchè non contradicano i principii di ordine pubblico, o l'ordinamento generale della proprietà. La donna maritata deve quindi poter godere dovunque del diritto d'ipoteca sui beni del marito, qualora tale diritto a lei sia dato dalla legge che regola il matrimonio e i diritti reciproci dei coniugi sui loro beni; ma affinchè l'ipoteca possa essere efficace nel luogo in cui la cosa è situata, la moglie deve osservare tutte le disposizioni della *lex rei sitæ*.

232. Quindi la donna romana [2] avrà l'ipoteca legale per la restituzione della dote, delle donazioni *propter nuptias* e dei suoi beni parafernali sui beni del marito situati in Italia o su quelli del suocero, se questo è

[1] Foelix, *Revue des Revues de droit*, t. V, p. 119; Rocco, parte 1a, cap. 7, parte 3a, cap. 3 e 22.

[2] L. uni., § 1 e 13; Cod., *De rei uxor. act.* (V, 13); L. 30, C., *De jur. dot.* (V, 12); Nov. 109, c. 1.

obbligato a tali restituzioni. Questo suo diritto però non sarà efficace presso noi indipendentemente da qualunque pubblicità ed iscrizione, nè sarà privilegiato in modo da attribuirle la preferenza su tutti i creditori ipotecarii anteriori di suo marito, secondo dispone la legge romana.[1] È questo il caso in cui la legge straniera si troverebbe in contradizione diretta colla legge dalla quale è organato il regime ipotecario presso di noi, e in cui il diritto del privato è inefficace perchè lede gl' interessi generali della società: si può quindi invocare la disposizione dell'art. 7 del nostro Codice civile: *i beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo in cui sono situati.*

Il nostro legislatore, sanzionando il sistema della pubblicità delle ipoteche non à voluto provvedere agl' interessi di determinate persone, ma tutelare gl' interessi generali, e impedire che i terzi di buona fede potessero essere frustrati nei loro diritti da ipoteche occulte contro gli effetti delle quali non avrebbero alcuna garanzia. Per la stessa ragione la moglie romana non può domandare l' ipoteca che sui beni che il marito possedeva nel momento in cui la dote fu costituita, non sui beni futuri che non sono ipotecabili secondo la legge nostra. Ma qualora essa domandi di prendere l' iscrizione su quei beni determinati che il marito possedeva in Italia nel momento in cui la dote fu costituita, e di prendere grado dal giorno dell' iscrizione, tale diritto non le può essere negato per la semplice ragione che a lei deriva da una disposizione di legge straniera.

233. Circa l' ipoteca che può derivare da una sentenza giudiziaria pronunziata da un tribunale straniero dobbiamo applicare questi stessi principii, e ciò contro

[1] L. 12, § 1, Cod., *Qui pot. in pign.* (VIII, 18); Nov. 97, cap. 2.

l'opinione dei giuristi francesi fondata sulla loro legislazione e giurisprudenza.[1]

Noi ammettiamo che nessun effetto possa produrre una sentenza emanata da un tribunale straniero se nello Stato in cui quell'effetto vuol conseguirsi essa non sia dichiarata esecutoria con certe forme di procedura delle quali discorreremo a suo luogo; ma opiniamo altresì che al diritto d'ipoteca, del quale ora si parla, debbano essere applicate quelle stesse regole che agli altri diritti acquistati in virtù di una cosa giudicata si applicano.

234. L'art. 2123 del Codice Napoleone, ultimo capoverso dispone: *L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étrangers, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.* Non staremo ad esporre le ragioni con le quali si è voluto giustificare l'interpretazione di tale articolo; ci contenteremo solo di notare come la maggioranza degli scrittori arriva alla conclusione che mentre per le sentenze di tribunali stranieri dev'essere sufficiente il semplice *pareatis* del magistrato francese, senza che questi si pronunci novellamente sul merito della contestazione, per le sentenze che concedono l'ipoteca si deve ammettere la massima contraria perchè è un principio costante del diritto francese che gl'immobili situati in Francia anche posseduti da stranieri sono retti dalla legge francese.

[1] Dalloz, *Privilèges et hypot.*, n° 1168; Persil, *Rég. hypot.*, art. 2125, n° 16 e seg.; Grenier, n° 207 e seg.; Duranton, n° 342; Troplong, n° 451; Flandin, *Tr. des hypot.*; Cass., 19 avril 1819 (Sirey, 1819, 1, 429); Paris, 27 août 1816 (Sirey, 1816, 2, 369); Toulouse, 27 déc. 1819 (Sirey, 1820, 2, 312); Grenoble, 3 janv. 1829 (Sirey, 1829, 2, 176); Douai, 3 janv. 1845 (Dev. et Car. 1845, 2, 313).

Questa è la dottrina del Dalloz, il quale conchiude: *En aucun cas les jugements rendus en pays étranger ne sauraient produire d'hypothèque en France qu'après qu'ils ont été revisés par les tribunaux français; autrement il ne serait pas vrai de dire que les immeubles ne sont soumis qu'à la loi française.* [1]

235. Non ostante l'autorità del Dalloz e degli altri rispettabili scrittori che dividono la stessa opinione, dobbiamo dichiarare che la consideriamo come la conseguenza di certe idee tradizionali dell'antico diritto francese che non è certamente il diritto della Francia moderna, e da cui la giurisprudenza e gli scrittori non ànno saputo completamente emanciparsi. La celebre Ordinanza del 1629, conosciuta sotto il nome di *Code Michaud*, disponeva (*art. 21*): *Les jugements rendus en royaumes et souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre dit royaume; et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos officiers.* Ecco il precedente col quale si è voluto spiegare l'art. 2123 del Codice Napoleone per arrivare alla conclusione del Dalloz e mettere in dubbio l'autorità della cosa giudicata.

Noi, come più largamente dimostreremo in appresso, opiniamo che il magistrato a cui si domanda di dichiarare esecutoria una sentenza straniera, deve diligentemente esaminarla non nell'interesse privato delle parti, ma nell'interesse pubblico. Esso non solo deve verificare la sua autenticità e la fedeltà della sua traduzione, ma esaminare sopratutto se essa contenga alcun principio contrario ai buoni costumi, all'ordine pubblico, alla sovranità dello Stato, ma non deve elevarsi in giu-

[1] Loc. cit.

risdizione di appello ed entrare nel merito della causa riesaminando i diritti delle parti, e rinnovando, o riformando il giudizio. Ciò equivarrebbe a distruggere l'autorità della cosa giudicata e ledere i diritti acquistati dalle parti.[1] Quando nulla si oppone a che una sentenza sia dichiarata esecutoria, nella stessa guisa che devono valere gli effetti giuridici che derivano dalla cosa giudicata ed i diritti delle parti, deve pure valere l'ipoteca in favore del creditore. S'intende bene che noi vogliamo parlare dell'ipoteca come diritto reale sulla cosa altrui, e che le eccezioni e le regole che abbiamo stabilite per le altre specie, si devono applicare altresì all'ipoteca giudiziaria per la sua efficacia e per la sua forza esecutiva.

SEZIONE II.

DIRITTI ALLE PRESTAZIONI O DIRITTI PATRIMONIALI CHE DERIVANO DA UN'OBBLIGAZIONE.

In questa sezione ci proponiamo di discorrere dei diritti che ànno per oggetto una prestazione, ossia l'adempimento di un'obbligazione. Questi presuppongono una persona che è tenuta a consumare un fatto a nostro profitto, ed implicano una restrizione della sua libertà in nostro favore. Quantunque l'obbietto immediato del diritto non sia la persona obbligata ma il fatto che essa deve compiere, pure come tra la prestazione e l'obbligazione intercede lo stesso rapporto che tra

[1] Dragoumis, *Condition civile des étrangers en France*, p. 145; Demangeat, *Hist. de la condition civile des étrangers en France*, p. 403.

l'effetto e la causa, si può dire che l'obbietto del diritto è l'obbligazione, e quindi alcuni li denominano diritti di obbligazione, *jus obligationum*. Altri, considerando che tali diritti suppongono un rapporto fra due persone, creditore e debitore, e che possono valere solo contro la persona obbligata, li denominano diritti personali per distinguerli dai diritti reali che si esercitano su di una cosa corporale, astrazione fatta da qualunque persona.

Le fonti da cui possono derivare le obbligazioni sono enumerate nel diritto romano nel seguente modo: *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.*[1] L'ultima specie comprende quelle che nascono da quasi-contratto, da quasi-delitto, e da una disposizione della legge.[2]

Quelle che offrono la più vasta cerchia di controversie e che meritano una speciale trattazione sotto il rispetto delle collisioni tra le leggi cui possono essere sottoposte sono le obbligazioni convenzionali. Può infatti accadere che le due persone obbligate, come creditore e debitore, appartengano a paesi retti da leggi diverse: o che la legge sotto cui divenne perfetta l'obbligazione sia diversa da quella del luogo in cui ne fu destinato l'adempimento o in cui il creditore vuole costringere il debitore alla prestazione: o che le forme esterne quivi sufficienti al valore giuridico di un atto siano altrove insufficienti e che modifichino il *vinculum juris*, o che l'oggetto della convenzione sia una cosa immobile e che sorga questione sull'influenza che possa avere la *lex rei sitæ* e simili.

Molte delle regole che qui esporremo si applicano anche alle obbligazioni che derivano dalle altre fonti

[1] L. 1, Dig., *De obligat. et act.* (XLIV, 7).
[2] *Ist.*, § 2, *De obligationibus* (III, 15).

enumerate, e lo noteremo nel corso della trattazione. Le obbligazioni poi che derivano dalla legge devono sempre dipendere da quella cui ciascuna persona è sottoposta, tenendo conto dei principii svolti nel libro antecedente.

CAPITOLO I.

Delle obbligazioni convenzionali.

236. Natura dell'obbligazione convenzionale. — 237. La legge che regola l'obbligazione dipende dalla libera sottomessione delle parti. — 238. Limiti entro i quali può valere questa regola. — 239. Legge da cui dipende la validità dell'obbligazione. — 240. Contratti fatti in un luogo ed eseguibili in un altro. — 241. Dottrina degli scrittori fondata sui testi di diritto romano. — 242. Opinione nostra. — 243. Si conferma la nostra dottrina coll'autorità dei giureconsulti. — 244. Differenza fra la nostra teoria e quella del Savigny e dello Story. — 245. Opinione del Rocco. — 246. Difficoltà che possono sorgere nel determinare in qual luogo è perfetta l'obbligazione. — 247. Contratti fatti per lettere. — 248. Contratti fatti per mezzo di commissionarii. — 249. Contratti fatti in un luogo e ratificati in un altro. — 250. Contratti condizionati. — 251. Principii per determinare il luogo dell'esecuzione. — 252. Regole generali.

236. L'obbligazione convenzionale deriva dall'accordo di due o più persone le quali determinano con una manifestazione di volontà comune i loro rapporti giuridici.

Affinchè una convenzione sia fonte di obbligazioni si richiedono alcune condizioni, le quali si dicono essenziali quando l'obbligazione non si può considerare esistente senza il loro concorso, e necessarie quando per la loro mancanza l'obbligazione, benchè esistente,

può essere attaccata di nullità. Lasciando alla cura dei civilisti di distinguere le une e le altre, il nostro cômpito si limita a determinare la legge che deve regolarle; per lo che è necessario investigare qual' è la legge da cui l' obbligazione dev' essere retta.

Essendo l' obbligazione un vincolo giuridico invisibile ed incorporale, non possiamo applicare gli stessi principii esposti per determinare la legge che regola lo stato personale e i diritti reali. Per questi il rapporto immediato colla legge da cui dipendono si può stabilire in modo non equivoco col fatto della nazionalità e della situazione della cosa, mentre l' obbligazione non può essere localizzata nello spazio, dipende da atti fuggitivi di volontà, e per subordinarla all' una o all'altra legge è d' uopo fondarsi sulla libera sottomessione delle parti.

Ogni obbligazione pone infatti in rapporto due persone, l' una come creditrice, l' altra come debitrice, l'una che estende, l'altra che limita la sua libertà naturale. Tale vincolo si pone in essere con una manifestazione di volontà comune, ed à un valore giuridico in virtù della legge cui le parti si assoggettano nell' obbligarsi. Da ciò il creditore acquista la certezza che l' obbligazione sarà dal debitore adempita.

237. Come regola generale si può dire che tutto debba dipendere dalla legge cui le parti si sottomettono nell' obbligarsi, e se in tutti i casi ciò risultasse o da una formale dichiarazione, o dalle circostanze in modo da escludere completamente qualunque ipotesi contraria, la difficoltà sarebbe eliminata. Ma in molti casi la sottomessione delle parti è presunta, e le circostanze in mezzo alle quali l' obbligazione ebbe origine non escludono una presunzione contraria. È quindi indispensabile di analizzare l' obbligazione e gli effetti che ne derivano per determinare nei singoli casi se si deve dare la pre-

ferenza alla legge del debitore, o a quella del creditore, a quella del luogo della stipulazione, o a quella del luogo destinato alla esecuzione del contratto.

238. Cominceremo col notare che la libera sottomessione delle parti può valere entro certi limiti. Per tutto ciò che può dipendere dal loro libero arbitrio i contraenti possono riferirsi all'una o all'altra legge, ma non possono sottomettersi ad una legge straniera per sottrarsi alla legge che regola il loro stato personale, o per derogare le leggi cui è sottoposta la cosa che è oggetto della convenzione. Quindi la capacità delle persone, e la possibilità fisica e giuridica della esecuzione dipendono dalla legge personale, o da quella del luogo in cui il fatto si deve verificare.

Il Mühlenbruch, esponendo le eccezioni alla facoltà di obbligarsi in estero territorio, dice: *Ne aliquid in aliena civitate fiat contra civitatis mores, leges, istitutiones ejusmodi, quæ ad immutanda prorsus nihil valet privatorum arbitrium.*[1] Una donna inglese non può riferirsi alla legge nostra per fare in Italia una donazione valida, mentre è incapace secondo la sua propria legge: come per contrario due italiani che celebrano matrimonio in Francia non possono obbligarsi al regime della comunione perfetta, riferendosi alla legge del luogo in cui stipulano il contratto nuziale. Noi quindi conchiudiamo che bisogna tener conto dei principii sviluppati nei capitoli antecedenti per fissare i limiti entro i quali può valere la libera sottomessione delle parti.

***239.** Per tutto ciò che può dipendere dal libero arbitrio dei contraenti, si può presumere in generale che essi si sottomettano alla legge del luogo nel quale l'obbligazione diviene perfetta. Quando infatti non ri-

[1] *Doctrina Pandect.*, § 73.

mane altro a fare affinchè l'obbligazione abbia un valore giuridico, e non fu espressamente dichiarato di voler preferire la legge del debitore o quella del creditore, si deve ragionevolmente presumere che le parti si sieno riferite alla legge del luogo in cui si obbligarono. Quindi le condizioni necessarie alla validità e quelle essenziali all'esistenza dell'obbligazione devono valutarsi secondo quella legge.

Se poi il debitore e il creditore sono cittadini della stessa patria o domiciliati nello stesso paese, si deve con più ragione presumere che si sieno riferiti alla legge della loro patria, o del loro domicilio, nota ad entrambi, che a quella del luogo della stipulazione che poteva essere ad entrambi ignota. *Si inter duos*, dice Erzio,[1] *celebratur, verbi gratia, pactum, et uterque paciscens sit externus et unius civitatis civis, dubitandum non est actum a talibus secundum leges patriæ factum in patria valere.*[2]

240. Rispetto ai contratti può accadere che il luogo in cui fu fatta la convenzione sia diverso da quello in cui se ne deve verificare l'adempimento, e può sorgere il dubbio se si debba preferire l'una o l'altra legge come diritto locale dell'obbligazione. Alcuni, considerando che l'esecuzione appartiene all'essenza dell'obbligazione, ànno detto che dal luogo destinato per adempirla deve determinarsi la competenza dei tribunali a giudicare dell'obbligazione, e la legge che deve regolarne la stessa sostanza. Altri invece opinano che la legge del luogo in cui è destinata l'esecuzione non esercita

[1] Hertius, *De collisione legum*, n° 10.

[2] Questo principio è sanzionato dal Codice civile italiano, art. 9, Disposiz. prelimin.; Codice prussiano, Introduz. gener., § 35; Codice austriaco, § 4. Confr. Massé, *Droit comm.*, n° 571; Foelix, *Droit international privé*, n° 83, 96, 104; Voet, *De stat.*, n° 15; Legge alemanna sulla cambiale, art. 85.

nessuna influenza sull'obbligazione e che per tutto ciò che può dipendere dalla libera volontà delle parti si deve tener conto unicamente della legge del luogo in cui l'atto fu stipulato, perchè è verosimile che ivi le parti presero le informazioni circa il valore giuridico dell'atto stesso e a quella legge si riferirono. La legge quindi del luogo della esecuzione dovrebbe applicarsi secondo essi per tutto ciò che può valere a rendere giudicialmente efficace l'obbligazione, e che concerne i modi e le forme coi quali un creditore può costringere il debitore ad adempirla.[1]

241. I testi del diritto romano che invocano a sostegno della loro dottrina sono i seguenti diversamente interpretati dagli uni e dagli altri. *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit.*[2] — *Venire bona ibi oportet ubi quisque defendi debet id est, ubi domicilium habet aut ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur quo negotium gestum sit sed quo solvenda est pecunia.*[3] — *Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet.*[4] — .... *uniuscujusque enim contractus initium spectandum est et causam.*[5]

Gli uni dicono che i due primi testi devono valere non solo per determinare la giurisdizione, ma per determinare altresì la sede dell'obbligazione ed il diritto locale che deve regolarla. Gli altri invece opinano che

[1] Vedi Savigny, *Droit rom.*, § 372; Voet, sect. 9, c. 2, § 12, 13; Mülenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 73; Story, § 280-299; Boullenois, *Obs.*, 46; Rodenburg, *Diver. stat.*, tit. 4, parte 2a; Burgundus, *Tract.* 4, no 10; Burge, *Comment.*, Pt. 2a, c. 9; Molineus, *Com. ad cod.*, L. 1, tit. 1, l. 1, *Conclus. de statut.*

[2] L. 21, Dig., *De obligat. et act.* (XLIV, 7).

[3] L. 1, 2, 3, Dig., *De reb auct. judic.* (XLII, 5).

[4] L. 6, *De evict.*, Dig. (XXI, 2).

[5] L. 8, pr. *Mandati*, Dig. (XVII, 1).

i primi due servono a determinare la giurisdizione, ma che per la legge cui l'obbligazione è per se stessa sottoposta, si deve tener conto del luogo in cui intervenne l'atto obbligatorio *in quo negotium gestum est.*

*242. Ma, a parer nostro, nè l'una nè l'altra opinione si può ammettere esclusivamente. L'obbligazione infatti è un vincolo giuridico fra due o più persone determinate, in virtù del quale l'una può costringere l'altra a dare, fare o prestare qualche cosa. *Obligatio est juris vinculum inter debitorem et creditorem quo vel ad dandum vel ad faciendum vel ad præstandum alter alteri obstringitur.*[1]

Ogni obbligazione suppone dunque

a) un vincolo giuridico che lega necessariamente il debitore verso il creditore, e da cui deriva il diritto che à il creditore di esigere che il debitore dia, faccia o presti; ed il dovere giuridico corrispondente del debitore di dare, fare o prestare,

b) un fatto riducibile in valore pecuniario che è l'obbietto del vincolo giuridico.

Nelle obbligazioni nascenti da convenzione il *vinculum juris* che lega[2] il debitore ed il creditore si stabilisce colla riunione del loro consenso *duorum pluriumve in idem placitum consensus.* Ora la legge del luogo in cui si verificò la riunione del consenso di due o più persone intese a costituire, regolare o sciogliere un rapporto giuridico fra loro, è quella che deve regolare l'obbligazione.

Dal *vinculum juris* è necessario ben distinguere l'*onus conventionis* e le conseguenze giuridiche relative.

[1] Mühlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 523; L. 5, pr., Dig., *De oblig.* (XLIV, 7).

[2] Gli antichi Romani in luogo della voce *obligatio*, introdotta nell'epoca classica, adoperavano la parola *nexus* o *nexum* che deriva da *nectere*, annodare.

La mancanza di tale distinzione à indotto in errore molti giuristi. i quali ànno stabilito, come regola, che quando l'obbligazione debba essere eseguita altrove, dev'essere regolata dalla legge del luogo in cui ne fu fissato l'adempimento. Questo però non si può affermare nella precisione del linguaggio giuridico. È vero che la parola obbligazione trovasi adoperata in molti significati anche nei testi romani, e tra gli altri anche per dinotare il fatto che serve di fondamento al vincolo giuridico;[1] ma tuttavia è indispensabile il distinguere l'una e l'altra cosa, e perciò devesi porre come secondo principio fondamentale che la legge del luogo in cui l'obbligazione deve essere adempita, se questo è diverso da quello in cui l'obbligazione fu contratta, deve regolare il modo di adempimento. Dei testi quindi del diritto romano già citati, i primi due si possono applicare all'*onus conventionis;* gli altri due al *vinculum juris.*

243. Questa nostra opinione, che è conforme a quella del Foelix, del Pardessus, del Demangeat, dello Zaccaria, del Rocco, del Demolombe,[2] è fondata sulla dottrina dei giureconsulti antichi.

Maevius così si esprime in proposito: *Forenses servare teneri statuta et consuetudines loci ubi aliquid agunt et contrahunt ad validitatem actus, et contractus: statutum enim actus seu contractus semper attenditur cui disponentes, vel contrahentes se obligare et conformare voluisse censetur.*[3]

E poco dopo soggiunge: *Cave autem in hac materia, confundas actuum solemnia nec non et effectus*

[1] L. 19, D., *De verbor. signif.* (L. 16); L. 1, § 3, D., *De pactis* (II, 14).

[2] Foelix, op. cit., n° 98; Pardessus, *Droit comm.*, n° 1495; Demangeat, *Cond. des étrang.* p. 354; Zaccaria, *Dr. civ.*, n° 98; Rocco, parte 3ª, cap. 7; Demolombe, t. 1, n° 105.

[3] Maevius, *Ad Jus Lubecense, Quæst. prel.* 4, n° 11, 15, 14, p. 22.

ab ipsis causatos cum EORUM ONERE *et accidenti extrinseco, quod contractus subsequitur sed non ex ipsis contractibus est. Id dum multi non discernunt forenses maxime lædunt et gravantur.*[1]

Molto opportuna è l'autorità di Paolo Voet il quale così si esprime: *Quod si de ipso contractu quæratur seu de natura ipsius, seu de iis quæ ex natura contractus veniunt puta fidejussione, etc., etiam spectandum est loci statutum ubi* CONTRACTUS CELEBRATUR *quod ei contrahentes semet accordare præsumantur,*[2] e appresso poi soggiunge: *Hinc ratione effectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus in quem destinata est solutio, id quod ad modum, mensuram, usuras, etc., negligentiam, moram post contractuum initium accedentem referendum est.*[3]

Ed il Burgundio .... *qui in aliena provincia paciscitur non credendus est esse consuetudinis ignarus: sed id quod palam verbis non exprimit, ad interpretationem legum se referre, atque idem velle et intendere quod lex ipsa velit.*[4] Lo stesso scrittore poi discorrendo dei contratti fatti in un luogo ed eseguibili in un altro conchiude: *Igitur ut paucis absolvam quoties de vinculo obligationis, vel de ejus interpretatione quæritur, veluti quod et in quantum obliget, quid sententiæ stipulationis inesse quid abesse credi oporteat; item in omnibus actionibus et ambiguitatibus, quæ inde oriuntur primum quidem id sequemur quod actum est, et si non appareat quod actum est erit consequens ut id sequamur, quod in regione qua actum est frequentatur.*[5] E appresso sog-

[1] Id., id., n° 18.
[2] P. Voet, *De stat.*, § 9, cap. 2, § 10.
[3] Id., id., Confr. Émerigon, *Traité des assurances;* Casaregis, *Discursus legales*, 179.
[4] Burgundus, *Tract.* 4, n° 8, p. 103.
[5] Id., id., n° 7.

giunge: *Ea vero quæ ad complementum vel executionem contractus spectant, vel absolute eo superveniunt solere a statuto loci dirigi in quo peragenda est solutio.*[1]

244. Appoggiati all'autorità dei citati scrittori e alle ragioni surriferite, non accettiamo l'opinione di coloro i quali senza distinguere ammettono come regola generale che quando il luogo dell'esecuzione sia diverso da quello della stipulazione del contratto, tutto debba dipendere dalla legge del paese destinato per l'adempimento. Così la pensa lo Story, il quale dice, che qualora il contratto debba essere eseguito in altro luogo per volontà espressa o tacita delle parti, si deve ammettere, secondo la presunta volontà dei contraenti, che il contratto debba dipendere per la validità, per la capacità ad obbligare e per la interpretazione, dalla legge del luogo in cui l'obbligazione deve essere adempita. E così il Savigny il quale per determinare la legge che regola la obbligazione applica gli stessi principii che per determinarne la giurisdizione, e ammette come prima regola che quando vi è un luogo fissato per adempire l'obbligazione, è da questo che si determina il diritto locale a cui l'obbligazione è soggetta.[2]

Questa dottrina è sostenuta per il primo dal Molineo.[3] Ma senza diffonderci in una questione d'interpretazione, e dopo accurate ricerche ci siamo convinti che tutto quello che si è detto circa l'influenza che può avere sul contratto la legge del luogo in cui l'obbligazione dev'essere eseguita, si deve intendere colla distinzione fatta più sopra, non nel modo come l'inten-

[1] Id., id., nº 10 e 29.

[2] Story, *Conflict of Law*, § 280; Savigny, *Traité du droit romain*, vol. VIII, § 372.

[3] Molineus, *Comm. ad Cod.*, lib. I, tit. 1; *Conclus. de statut*, t. III, p. 554.

dono lo Story e i di lui seguaci. A nostro avviso è indubitato che le condizioni essenziali all'esistenza e necessarie alla validità dell'obbligazioni devono dipendere dalla legge del luogo in cui le parti si sono obbligate.

245. E in questa opinione conviene pure il Rocco. « Quand'anche, dice egli, la convenzione fatta nel re-
» gno si dovesse mandare ad effetto in territorio stra-
» niero, e vi fosse qualche diversità riguardo ai requi-
» siti da cui risulta l'intrinseca e sostanziale validità
» dei contratti, è sempre la legge nostra quella che
» deve decidere. Se nel Regno si faccia un contratto
» di compra o vendita di alcune merci che si trovano
» nella Svizzera e vi fosse una diversità nei due Stati
» circa la causa dell'obbligazione e circa le cause che
» possono viziare il consenso, e circa la prova e l'au-
» tenticazione di una volontà liberamente manifestata,
» il contratto valido secondo le nostre leggi avrà forza
» nella Svizzera, e il venditore sarà tenuto a conse-
» gnare ivi le merci, quantunque niun effetto avrebbe
» il contratto se per avventura fosse stato fatto nella
» Svizzera. La ragione si è perchè nel luogo in cui
» l'atto divenne perfetto, si presume che le parti ab-
» biano prese tutte le informazioni per conoscere la
» natura e l'estensione dell'obbligazione reciproca. »[1]

Stando dunque all'esempio riferito, tutto ciò che concerne il modo dell'adempimento dovrebbe essere regolato dalla legge svizzera, e quindi la tradizione della cosa, il pagamento, la messa in mora, e le conseguenze che da quest'ultima derivano in quanto ai rischi e pericoli della cosa, ed ai danni ed interessi. Nella stessa guisa che per una cambiale creata in Italia e pagabile in paese straniero, è secondo la legge del luogo in cui

[1] Rocco, parte 3ª, cap. 7.

la lettera di cambio dovrebbe essere pagata, che si deve determinare la dilazione entro cui il portatore deve dimandare l'accettazione, e i giorni di grazia se sono ammessi, ed il carattere di tale dilazione, secondochè sono in favore del debitore o del creditore e tutto ciò che si riferisce al modo di dare, fare e prestare quello cui il debitore è obbligato. A queste ed altre simili questioni deve applicarsi il testo del diritto romano *contraxisse unusquisque eo loco intelligitur quo ut solveret se obligavit.* Ma per gli obblighi del traente, sia esso italiano o straniero residente in Italia, per la sua solidarietà, e per le condizioni necessarie alla validità del contratto di cambio, si deve applicare la legge nostra non quella del paese straniero in cui la lettera di cambio dev'essere pagata.[1] Per le quali questioni e altre simili deve invece applicarsi l'altro testo *uniuscuiusque enim contractus initium spectandum est et causa.*

246. Le regole stabilite sarebbero sufficienti se in tutti i casi si potesse determinare con certezza il luogo in cui l'obbligazione si può considerare perfetta, e quello destinato per il suo adempimento. Può invece accadere che la determinazione esatta dell'uno o dell'altro possa far sorgere difficoltà che è necessario risolvere.

I dubbi più importanti nel determinare il luogo in cui l'obbligazione si può dire perfetta possono sorgere nel caso di contratto fatto per lettere, o per mezzo di intermediarii, o con atti firmati in luoghi diversi, o fatti in un luogo e ratificati in un altro.

*247. È molto controverso fra i giuristi quando si deve considerare perfetta una convenzione conchiusa per lettere tra persone lontane. Alcuni autori, tra i quali il Grozio, opinano che tali contratti si devono considerare

[1] Vedi cap. 9 seguente.

esenti da qualunque giurisdizione e retti dal diritto naturale.[1] Ma, come osserva bene il Savigny, è dispiacevole che tali scrittori non ci abbiano pure indicato il trattato di diritto naturale di cui domandano l'applicazione. Il Savigny invece opina che il contratto per corrispondenza si deve considerare fatto nel luogo in cui è stata ricevuta ed accettata l'offerta.[2] Questa è pure l'opinione dello Struvio, del cardinale De Luca, del Casaregi, di Zaccaria e di altri rispettabili scrittori.[3] Il Casaregi pone l'esempio di un negoziante di Genova che scrive al suo corrispondente di Venezia per offrirgli la merce, e opina che se l'offerta è accettata, il contratto si deve considerare compiuto a Venezia, perchè ivi il consenso del compratore e quello del venditore si uniscono come se per finzione il venditore fosse ivi presente: *quia fingitur medio litterarum esse Venetiis præsens, ibique venditionem mercium cum veneto concludere.*

Zaccaria arriva alla stessa conclusione. « Ogni contratto, dice egli, esige essenzialmente il concorso di » due o più dichiasazioni di volontà, le quali si manifestano da un lato con l'offerta e dall'altro con l'accettazione. Non è necessario che l'accettazione venga » immediatamente dopo l'offerta, essa può seguire in » un intervallo di tempo più o meno considerevole, ma » quando l'accettazione à luogo, il contratto non si rende » perfetto nel momento in cui l'accettazione viene in » conoscenza di colui che à fatto l'offerta, ma dal momento in cui l'offerta sia stata accettata. »[4]

[1] Grotius, *De jur. belli*, L. 2, C. XI, § 5, n° 3; Hert., *De commeatu litterarum*, § 16-19.

[2] Savigny, op. cit, vol. VIII, p. 234; Struvius, *Exerc. ad Pandect.*, ex. 11.

[3] De Luca, *De credito discur.*, 51, n° 6; Casaregi, *Discursus legales de commercio*, Diss. 179, n° 1.

[4] Zaccaria, *Diritto civile*, § 543; Aubry et Rau, not. 3.

Al contrario Mülenbruch, Merlin, Toullier, Troplong, Rocco ed altri manifestano l'opinione contraria e si fondano sulla considerazione che l'accettazione è come un *propositum in mente retentum* finchè l'autore dell'offerta non ne à contezza. *Nec si per literas alteri ab altero conditiones propositæ sunt, ante est perfecta conventio, quam acceptio facta in notitiam pervenit ejus qui obtulit conditionem.*[1] Questo pure è il nostro parere.

Il Merlin, il Troplong ed il Toullier osservano che chi fece l'offerta può ritrattarla finchè non gli arriva la lettera che contiene l'accettazione, che non vi può essere vincolo giuridico obbligatorio senza il concorso di due volontà, nè si può supporre concorso di due volontà se la volontà dell'accettante non è cognita al proponente.

Zaccaria ammette che le offerte possano essere ritirate finchè non siano state accettate; ma è pur da osservare che l'accettazione puramente intenzionale, o manifestata in modo da lasciare a colui che l'à data il potere di cancellarne tutti i segni, o di rivocarla, non è sufficiente alla perfezione del contratto. Nella stessa guisa che il proponente può ritirare la proposta prima che sia stata accettata, l'accettante può ritrattare la sua accettazione prima che pervenga a colui che gli à fatto la proposta. Ammettiamo che l'accettante in certi casi possa essere tenuto al risarcimento dei danni *ex capite doli* se maliziosamente rivocasse il consenso già dato, ma il simultaneo concorso delle due volontà, non si verifica se non quando l'accettazione perviene a colui che fece l'offerta, ed ivi si deve considerare perfetto il contratto.

[1] Mülenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 351; Merlin, *Répertoire*, v. *Vente*, § 1, art. 3, n° 11; Toullier, VI, 29; Troplong, *De la vente* t. I, n° 22; Pardessus, *Droit comm*, n° 250; Massé, *Droit comm.*, n° 578; Rocco, parte 3ª, cap. 16; Schupfer, *Obbligazioni*, p. 117.

*248. Rispetto ai contratti fatti per mezzo d'intermediarii si può stabilire come principio che tutto quello che una persona fa per mezzo di un corrispondente debitamente autorizzato, vale come se lo facesse per se stessa, nel luogo in cui il corrispondente risiede. E qui stimiamo opportuno notare che, qualora il mandato o la commissione sia dato per lettera, il contratto tra mandante e mandatario è perfetto appena questi accetta il mandato e l'esegue senza che sia necessario che l'accettazione sia cognita al committente che à fatto la proposta.[1] Il principio esposto nel numero antecedente vale pei contratti sinallagmatici perfetti, mentre nel mandato si può con certezza presumere che il mandante persista nella sua volontà, finchè non manifesti un'intenzione contraria, e che il mandatario eseguendo di fatto il mandato acconsente indubitatamente.

Questa distinzione è importantissima per distruggere gli argomenti di quelli che ànno confuso il mandato dato per lettera coi contratti commutativi che si possono conchiudere per lettere. Nel mandato la volontà esternata dal proponente lo obbliga appena sia cognita al mandatario, e si deve considerare come volontà attuale del proponente sino a che egli non l'abbia formalmente rivocata, cioè sino a che la mutazione di volontà non sia cognita al mandatario. Questa dottrina è basata sull'autorità del diritto romano: *Si mandassem tibi ut fundum emeres, postea scripsissem ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero.*[2] La ragione della notabile differenza tra una vendita fatta per lettera e un mandato dato per lettera, è che nella prima entrambi i contraenti si ob-

[1] Delamarre, *Du contrat de commission*, t. I, n° 97; Casaregi, *Disc.* 179, n° 2.
[2] L. 15, Dig., *mandati*, XVII, 1; LL. 26, pr. e 54, § 1, *eodem*.

bligano a fare una cosa distinta, e la loro obbligazione è per entrambi principale e reciproca e non si può stabilire senza l'accordo delle due volontà, mentre nel mandato l'obbligazione principale è una sola e nel solo interesse del mandante, ed è perciò che il mandante può rivocare il suo mandato quando gli aggrada, e il mandatario rinunciare al mandato colla rispettiva notificazione formale o della revoca o della rinuncia.

Dai principii suesposti si deduce che il contratto di mandato dev'essere regolato dalla legge del paese in cui risiede il mandatario perchè ivi diventa perfetta l'obbligazione. *Mandati contractus*, dice il Casaregi, *dicitur initus in loco in quo diriguntur litteræ missivæ alicujus mercatoris, si alter ad quem diriguntur eas recepit et acceptat mandatum.*[1] E poichè il mandatario rappresenta completamente il mandante, gli atti da lui fatti nel luogo in cui si trova, per conto del mandante, si considerano come fatti da questo medesimo, e sono perciò retti dalla legge del mandatario. Con ragione osserva pure il Casaregi che quando un commerciante commette al suo corrispondente che compri per suo conto una partita di merci, e che gliela trasmetta, ed il corrispondente compra le merci, è necessario distinguere nella convenzione due contratti, uno di mandato e l'altro di vendita, i quali si compiono entrambi nel luogo in cui dimora il mandatario, perchè ivi il suo consenso si unisce a quello del mandante e a quello del venditore.[2] Questa teoria è stata formalmente sanzionata dalla Suprema Corte di Luigiana e dalla Camera dei Lords in Inghilterra, il Lord Cancelliere della quale si espresse nei seguenti termini: « Se » io che risiedo in Inghilterra do commissione al mio

[1] Casaregi, *Disc.* 179, n° 2.
[2] Id., ibid., n° 10.

» corrispondente nella Scozia di fare ivi un contratto
» per mio conto, è lo stesso che se io mi recassi ivi per
» contrattare. »[1]

È certo che quando il commissionario in esecuzione del mandato compra la merce per conto del committente, questa passa nel dominio del committente appena è consegnata al commissionario che lo rappresenta. Può accadere però che il commissionario abbia egli stesso la merce richiesta, e che invece di comprarla da un terzo, spedisca la sua in modo che sia ad un tempo commissionario e venditore. In tale ipotesi può sorgere il dubbio se la vendita sia perfetta, e se la merce passi nel dominio del compratore dal momento in cui è spedita, o se sia necessario che pervenga prima al committente e che gli sia consegnata. Il Casaregi, che propone simile questione, opina che appena la merce è spedita dal commissionario passa nel dominio del committente, ed ecco come ragiona: *Nam mercator transmittens merces ex ordine sui corresponsalis duplicem induit personam, unam nempe venditoris, alteram procuratoris sui corresponsalis emptoris, cujus vice et nomine a se ipso recipit mercium traditionem, mensurationem et ponderationem vel numerationem convento pretio, quod in libris et in literis reciproce intervenientibus adnotatur, ex quo certo sequitur quod data deinde decoctione mercatoris committentis prædictæ merces transmissæ considerantur in illius vel de illius patrimonio licet adhuc ipsæ existerent in navi aut in dohana in qua depositatæ fuerunt.*[2]

E questa opinione del Casaregi è da noi compiutamente divisa. La vendita si deve considerare perfetta nel luogo in cui risiede il commissionario che riunisce

[1] Story, *Conflict of Law*, § 285; Burge, *Comment. on col. Law*, Pt. 2a, ch. 20.

[2] Casaregi, *Disc.* 58, n° 31-33.

la duplice qualità di venditore per conto proprio e di compratore per conto altrui, e la merce passa nel dominio del committente dal momento in cui la vendita si può dire perfetta. Notiamo però che nel caso di fallimento se la vendita non sia stata fatta a credito, e se apparisca che il commissionario non intendeva accordare dilazione pel pagamento, come se spedendo la merce avesse simultaneamente tratta una lettera di cambio pel prezzo, o dato ordine di spedire l'equivalente del prezzo in mercanzie, egli può domandare la risoluzione della vendita, e, date certe circostanze, rivendicare la merce venduta.[1]

*249. Pei contratti poi fatti in un luogo e ratificati in un altro, andiamo d'accordo col Casaregi, il quale dice che il contratto si deve considerare perfetto nel luogo in cui seguì la convenzione, non in quello in cui fu ratificato, perchè la ratifica retroagisce al tempo ed al luogo della gestione. Questo principio si applica non solo ai contratti fatti da un commissionario e ratificati dal committente, ma anche a quelli fatti da un *negotiorum gestor* il quale per i suoi atti è assimilato al mandatario[2] e perciò questi devono essere regolati dalla legge del luogo in cui seguì il negozio non da quella del domicilio del *negotii dominus* che li à ratificati. Quando infatti un gestore compri o faccia un negozio qualunque per conto del suo principale, e poi domandi la ratifica, benchè il consenso del ratificante si unisca a quello del gestore nel luogo in cui è data la ratifica, pure retroagisce al tempo ed al luogo in cui il negozio fu fatto. *Ratio rationis est,* così il Casaregi, *quia consensus ratificantis non unitur in loco suo ad aliquem actum seu contractum perficiendum, sed*

[1] Confr. Codice civ. ital., art. 1165, 1513; Codice Nap., art. 1184.
[2] Codice civ. ital., art. 1141; Codice Nap., art. 1372.

acceptandum contractum vel negotium pro se in loco gestoris jam factum, ac si eodem tempore et loco in quo fuit per gestorem negotium gestum, ipsemet ratificans esset præsens ibique contraxisset.[1]

Il Rocco ed il Foelix accettano giustamente una distinzione fatta da Erzio. Quando, dicono essi, il contratto sia stato originariamente nullo in modo che il suo valore intrinseco dipenda dalla ratifica, si deve considerare perfetto nel luogo in cui è ratificato. In questo caso in vero gli atti che precedono si devono considerare come preparatorii e la ratifica costituisce il vero e proprio contratto.[2]

Questa eccezione vale anche pel caso in cui un commissionario non avesse poteri sufficienti per vendere o comprare, ma fosse incaricato soltanto di raccogliere le domande e le offerte e trasmetterle al suo principale il quale si sarebbe riservato il diritto di accettarle o rifiutarle. In questa ipotesi il contratto si considererà perfetto al domicilio del committente, perchè l'obbligazione reciproca dipende dall'accettazione o dal rifiuto di questo.[3] In tal caso si potrebbe dire in verità che l'agente viaggia nell'interesse del suo principale, ma che diventa il commissionario dei singoli che fanno le offerte e le domande come se essi stessi scrivessero al principale.

250. Qualora le parti si obbligassero con una condizione sospensiva, ed il luogo in cui questa si debba

[1] Casaregi, *Disc.* 179, § 20, 64, 76, 80; Card. De Luca, *Disc.* 47, nº 9; Delamarre et Lepoitvin, t. I, nº 175. Confr. Pardessus, *Droit. comm.*, nº 1354; Cassazione francese, 3 déc. 1811 (Dev. 3, 1, 42); Corte Reale di Bordeaux, 22 avril 1828 (Dev. 9, 2, 69).

[2] Hertii, *Opera de collisione legum*, § 4, nº 53; Foelix, nº 106; Rocco, parte 3ª, cap. 11.

[3] Pardessus, nº 1334; Cassaz. franc., Rej, 19, déc. 1821, (Dev. 22, 1, 195) Corte Reale di Bourdeaux, 16 nov. 1830 (Dev. 31, 2, 140).

verificare sia diverso da quello della stipulazione, il contratto, verificandosi la condizione, si deve considerare perfetto nel luogo in cui fu stipulato, perchè il verificarsi dell'evento retroagisce al tempo e luogo in cui le parti si obbligarono. Notiamo però che è secondo la legge del luogo in cui l'evento ebbe effetto che si deve decidere se la condizione si possa dire verificata.[1] Così, per esempio, per costatare se la lettera di cambio sia stata presentata all'accettazione e protestata, si deve applicare la legge del luogo in cui tale lettera doveva essere accettata e protestata.[2]

È necessario finalmente osservare che quando la convenzione risulti da atti fatti in luoghi diversi, se questi si possono considerare come atti preparatorii e coordinati al negozio principale, questo si dirà perfetto nel luogo in cui seguì la stipulazione, perchè ivi solamente si verifica il *duorum in idem placitum consensus*. Tal'è il caso di due persone che viaggiando per diverse piazze conchiudono la convenzione in un luogo determinato. Se poi i singoli atti benchè coordinati ad un fine si possono considerare come contratti parziali, ciascuno di essi si può dire perfetto nel luogo in cui fu fatto, come accade per la girata di una lettera di cambio che è trasmessa per diverse piazze. Si dica lo stesso nell'ipotesi che una Società di assicurazione invii un agente con i contratti di assicurazione controfirmati dal presidente e dal segretario della Società e colla facoltà di rilasciarli nelle singole piazze controfirmandoli in modo che i parziali contratti sottoscritti dall'agente siano obbligatorii per la Società. In tale ipotesi, dell'obbligazione della Società si deve giudicare secondo la legge del luogo in cui essa à la sua sede principale, ma dei

[1] Erzio, op. cit., § 4, nº 54.
[2] Vedi cap. 9 seguente.

contratti parziali, secondo la legge del luogo in cui seguì la convenzione, perchè ciascuno di essi è compiuto nel luogo in cui fu stipulato.

*251. Passiamo a stabilire alcune regole per determinare il luogo in cui l'obbligazione dev'essere eseguita: regole, le quali possono valere quando le parti non lo determinarono espressamente o in modo da non escludere un'interpretazione contraria.

Alcuni opinano che quando il luogo dell'adempimento non è rigorosamente fissato per volontà espressa delle parti, debba determinarsi secondo le prescrizioni della legge. È però d'uopo osservare che nella mancanza di volontà espressa, il luogo dell'adempimento può determinarsi secondo la volontà tacita o secondo le circostanze, e che ordinariamente risulta dalla stessa convenzione.

Vi sono alcune obbligazioni l'adempimento delle quali è tanto determinato dalla natura del negozio stesso da escludere assolutamente qualunque dubbio, tali sono, per esempio, la locazione o la vendita di una casa o di un fondo di terra, i lavori da eseguire su di un immobile determinato, o la costruzione o riparazione di un edifizio. Per altre il luogo dell'adempimento risulta dalle circostanze o dall'intenzione delle parti le quali ànno contato che l'obbligazione sarebbe eseguita nel luogo della stipulazione. Se un individuo che risiede in una città contrae debiti per i suoi bisogni giornalieri, o se un artigiano intraprende lavori del suo mestiere, o un viaggiatore venda una partita di merci, si presume che l'adempimento dell'obbligazione debba verificarsi nello stesso luogo in cui essa ebbe origine. Qualora poi il luogo dell'adempimento dell'obbligazione non sia determinato nè espressamente, nè per la natura del contratto, nè per presunta intenzione delle parti, si terrà conto, per

l' esecuzione, del domicilio della persona, se si tratta di un'obbligazione personale, e se si tratta di una *negotiorum gestio*, sotto la quale categoria comprendiamo la tutela e la curatela, la gestione degli affari altrui nel loro insieme (mandato generale) o limitata ad un obbietto determinato sia per virtù di un contratto (mandato, o locazione d' opera) sia per la sola volontà del gerente (*negotiorum gestio*) e simili, si deve per l'esecuzione tener conto della legge del luogo in cui à la sede principale il gestore. E qui notiamo che qualora il debitore trasporti il suo domicilio in altro luogo prima di eseguire l'obbligazione, la legge dell'antico domicilio varrà sempre per tutto ciò che si riferisce all'adempimento della sua obbligazione.

252. Riepilogando tutte le regole da noi stabilite possiamo concludere che

1° La legge del luogo in cui l'obbligazione diviene perfetta è quella che deve regolare il *vinculum juris* che ne deriva, e tutto ciò che appartiene alla sostanza ed alla natura della convenzione.

2° La legge del luogo destinato per l'adempimento deve regolare l'esecuzione dell'obbligazione e tutti gli effetti giuridici che ne derivano.

3° L' obbligazione che nasce da una convenzione si dirà perfetta nel momento e nel luogo in cui si verifica il *duorum pluriumve in idem placitum consensus*.

4° Che il luogo dell' esecuzione si determinerà o secondo la volontà espressa delle parti o secondo la natura della convenzione e le circostanze, o in mancanza di tutto ciò dal domicilio del debitore.

Questi principii sono fondati sulla libera sottomessione delle parti dalla quale dipende in gran parte la preferenza dell' una o dell' altra legge.

CAPITOLO II.

Della legge che deve regolare la natura e gli effetti giuridici dell' obbligazione.

253. È secondo la legge del luogo in cui divenne perfetta l'obbligazione che si deve decidere se l'obbligazione sia civile o naturale, se sia semplice o condizionale, se consiste in *dando* od in *faciendo*, se è un' *obligatio rei certæ* o un' *obligatio generis.* [1]

254. Rispetto alla solidarietà dei debitori obbligati, sia che derivi immediatamente dalla legge, sia che derivi dalla convenzione, perchè espressamente stipulata, dev' essere regolata dalla legge del luogo in cui il contratto fu fatto. La solidarietà infatti costituisce la forza dell' obbligazione e la sicurezza del creditore, e deve dipendere dalla legge sotto cui le parti si obbligarono. [2] Se, per esempio, più mandanti stranieri conferiscono

[1] Confr. Colmar, 25 avril 1821 (Müller) Sirey, 21, 2, 264.
[2] Henry, *On foreign Law*, 59.

un mandato ad un italiano per un affare comune, sono tenuti in solido verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato, secondo dispone l' *art. 1756* del Codice civile italiano. La ragione è perchè il contratto di mandato diventa perfetto in Italia, appena il mandatario accetta ed esegue il mandato,[1] e la forza dell' obbligazione tra i mandanti stranieri e il mandatario italiano dev' essere regolata dalla legge nostra sotto cui le parti si obbligarono. Si dica lo stesso nell' ipotesi che più fidejussori stranieri prestassero sicurtà per un medesimo debitore e per lo stesso debito. Ciascuno di essi sarà obbligato per l' intero debito secondo dispone la legge nostra (*art. 1911*). Per la stessa ragione uno straniero che contrae matrimonio con una vedova italiana, senza che questa abbia ottenuto in precedenza dal consiglio di famiglia l' autorizzazione ad amministrare il patrimonio dei figli del primo letto, diviene responsabile in solido dell' amministrazione esercitata pel passato, e di quella indebitamente conservata.[2]

Supponiamo che l' amministratore di una Società in accomandita semplice che à la sua sede in Italia, dia ordine ad un suo corrispondente di comprare merci in paese straniero, e che non sodisfi il pagamento. È certo che il venditore avrà l'*actio ex empto* contro la Società, ma può sorgere la difficoltà se questa e l' obbligazione solidale dei socii dev'essere regolata dalla legge del luogo in cui divenne perfetta la vendita, o da quella del luogo in cui à la sede principale la Società. Il Codice italiano e il francese[3] riconoscono la Società contratta fra uno o più socii responsabili tenuti in solido sotto un nome sociale, e socii capitalisti i quali sono tenuti soltanto fino

[1] Vedi n° 261.
[2] Confr. Codice civile, art. 238-39.
[3] Codice Commerciale italiano, art. 118 e seg., francese, art. 23 e 37.

alla concorrenza del capitale che ànno messo o dovevano mettere in società. Altri Stati non riconoscono tali Società che limitano la responsabilità di alcuni dei socii, ritengono invece tutti i socii obbligati in solido rispetto ai terzi con tutta la loro proprietà. La legge inglese, per esempio, anche dopo gli emendamenti introdotti dalla Camera dei Comuni nel 1855 e 56, è diversa dalla nostra.[1]

A primo aspetto si potrebbe dire che la legge del paese in cui divenne perfetta la vendita deve regolare l'azione del venditore, e se secondo tale legge egli abbia diritto di agire contro tutti i socii i quali sono tenuti in solido senza distinzione tra amministratori e accomandanti, il venditore deve poter agire secondo la legge sotto cui divenne perfetta la vendita. Ma tale non è a nostro avviso la giusta soluzione. La capacità infatti della Società ad obbligarsi, e quindi la responsabilità di ciascuno dei socii rispetto ai terzi deve determinarsi secondo la legge nel di cui nome la Società fu civilmente e giuridicamente costituita. Uno Stato straniero può riconoscere o no una Società, ma non può assoggettarne alle sue leggi la costituzione. Quando una Società è ammessa a fare operazioni commerciali può validamente obbligarsi nei limiti soltanto dei suoi statuti. Se si ammettesse come principio che i socii possano essere passivi di azioni, secondo le leggi delle diverse piazze nelle quali la Società può fare operazioni, ne seguirebbe che possano essere dichiarati solidali quelli che non lo sono secondo lo statuto, e nessun socio potrebbe conoscere la natura della sua obbligazione e della sua responsabilità rispetto ai terzi.

255. Può sorgere pure il dubbio circa la legge con la quale si deve decidere se i condebitori debbano go-

[1] Vedi Leone-Levi, *International commercial Law*, sect. XIV, Partnership., *Liability*, p. 76 (2ª ediz.)

dere del beneficio della divisione.[1] Il Boullenois considera il beneficio della divisione fra i condebitori come un' eccezione personale contro l' azione, e opina che debba essere regolato dalla legge del domicilio della persona. Soggiunge però che se la *lex loci contractus* ammetta un tal beneficio, debba questo valere anche quando non sia riconosciuto dalla legge del domicilio del debitore, per la ragione che bisogna sempre preferire la legge che a questo è più favorevole. Egli conchiude dunque che si deve applicare la legge del contratto o quella del domicilio della persona, secondochè l' una o l' altra sia più favorevole al debitore.[2]

Noi al contrario opiniamo che si debba tener conto della *lex loci contractus* perchè il beneficio della divisione appartiene all' essenza dell' obbligazione. Infatti i condebitori sono più o meno strettamente obbligati, secondo che si ammette o no fra loro il beneficio della divisione. Non è una ragione sufficiente il considerare tale beneficio come un' eccezione personale, perchè ciascuno può rinunciare ad un suo diritto, e quando l'obbligazione ebbe origine sotto una legge straniera, si deve giudicare della sua natura, della sua estensione e delle eccezioni d' inammissibilità secondo la legge sotto cui nacque l' obbligazione medesima.[3]

256. Della natura dell' obbligazione considerata ri-

[1] Secondo la legge nostra il beneficio della divisione à luogo quando più persone prestano sicurtà per un medesimo debitore e per lo stesso debito, nel qual caso ciascuno può esigere che il creditore divida preventivamente la sua azione e la riduca alla parte di ciascuno (*art.* 1911-12, corrispondente all' art. 2026 del Codice Napoleone). Secondo il diritto romano vi potevano essere obbligazioni correali improprie, o i confidejussori potevano essere tenuti a pagare in solido e godere il *beneficium divisionis*. (Vedi Savigny, *Des obligations*, § 20 a 25).

[2] Boullenois, t. II, p. 463, 475-76.

[3] Foelix, n° 409; Voet, *De stat.*, sect. 9, cap. 2, n° 10; Story, § 322 b; Burge, *Comment.*, parte 2a, cap. 20.

spetto ai mezzi di cui può disporre il creditore per ottenerne l'adempimento si deve giudicare secondo la legge del luogo in cui l'obbligazione deve essere adempita. Così dovrà essere deciso se l'obbligazione sia privilegiata o no, se sia ipotecaria o chirografaria, se sia esecutoria o non esecutoria, se sia un'obbligazione ordinaria civile, o un'obbligazione con arresto personale. Notiamo però che quando tale obbligazione si voglia rendere efficace, si devono osservare le regole che stabiliremo in appresso.[1]

257. Circa gli effetti giuridici delle obbligazioni è necessario distinguere quelli che derivano immediatamente dalla natura del contratto o da una disposizione della legge o dalla consuetudine vigente nel luogo in cui le parti si obbligarono, da quelli accidentali i quali risultano da avvenimenti posteriori e che nascono per circostanze che si verificano nell'adempimento dell'obbligazione.

I giuristi denominano i primi *naturalia contractuum*.[2] Essi sono ben distinti dagli effetti essenziali senza dei quali o non esisterebbe il contratto, o almeno ne sarebbe mutata la specie, quale è, per esempio, il trasferimento della proprietà nel contratto di vendita. *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat: sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.*[3] Gli effetti immediati o naturali derivano dalla natura del contratto senza bisogno di convenzione espressa, ma possono essere esclusi per volontà delle parti senza che manchi l'essenza o la specie del contratto. Così, se nel contratto di compra

[1] Vedi cap. IV seguente.

[2] Pothier, *Oblig.*, art. 4, § 5; Boullenois, *Observ.*, 23, p. 416; Turge, *Comment.*, parte 2a, cap. 9.

[3] L. 80, § 3, Dig., *De Contr. empt.*

e vendita il venditore garantisca al compratore la cosa venduta; se, perfezionato il contratto, la perdita della cosa sia a danno dell'acquirente senza che questi sia dispensato dal pagamento del prezzo, e se il commodatario sia tenuto della colpa lievissima per la cosa che riceve in commodato.

258. Quando le parti nulla dichiararono espressamente, è secondo la *lex loci contractus* che si devono determinare tutti gli effetti immediati che derivano dal contratto, sia per disposizione della legge, sia per consuetudine. Infatti quando i contraenti non sono nè cittadini della stessa patria, nè domiciliati nello stesso paese, non si può far prevalere l'intenzione che uno dei due abbia potuto avere di riferirsi alla legge della sua patria o del suo domicilio, ma si deve piuttosto ammettere che la legge, cui entrambi si sono sottomessi per tacito accordo, sia quella del luogo in cui si obbligarono. Questa diventa perciò il complemento della convenzione e deve valere dovunque per determinare i diritti reciproci delle parti. *Semper in stipulationibus et in cæteris contractibus id sequimur quod actum est. Unde si non appareat quod actum est, consequens erit, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur.*[1]

Ed il Lauterbach: *Ea enim quæ auctoritate legis vel consuetudinis contractuum comitantur, eidem adherent, naturalia a doctoribus appellantur. Lex enim altera est quasi natura et in naturam transit. Atque quoad naturalia contractuum etiam forenses statuta loci contractus observare debent.*[2]

Applicando questo principio, che è accettato dalla

[1] L. 55, Dig., *De reg. jur.*

[2] Lauterback, *Dissert.* 404, parte 5ª, nº 58, citato da Boullenois, *Observation* 46, p. 460.

maggioranza dei giuristi,[1] deduciamo che secondo la *lex loci contractus* si deve decidere se la cosa perisca pel debitore o pel creditore; se il debitore sia tenuto della colpa lata o della lieve, o solamente del dolo; se sia responsabile nonostante la forza maggiore o il caso fortuito; entro qual termine il creditore possa esigere l'adempimento, quando non sia stato esplicitamente apposto, ma risulti dalla natura del fatto che è obietto dell'obbligazione; qual diritto possa avere il creditore per domandare l'esecuzione del contratto o il risarcimento del danno emergente e del lucro cessante; quale obbligo abbia il debitore di consegnare la cosa, di adempiere la prestazione, o di riparare il danno; qual garanzia debba avere il venditore; a chi e in quali casi spetti il diritto di domandare la resoluzione del contratto per causa di lesione, o la *restitutio in integrum* per causa inerente al contratto medesimo.

259. Tutti gli effetti poi che derivano dal modo di esecuzione devono essere regolati dalla legge del luogo in cui fu destinata la prestazione. *Ea quæ ad complementum vel executionem contractus spectant vel absolute eo superveniunt, solere a statuto loci dirigi in quo peragenda est solutio.*[2] Così, per esempio, se il mutuatario non potendo restituire la cosa, sia tenuto a pagare il prezzo corrispondente, la stima della cosa si farà secondo la legge del luogo in cui era destinata la restituzione.[3] *Extimatio rei debitæ*, dice Everardo, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio seu deliberatio non obstante quod contractus alibi sit celebratus.*[4]

[1] Foelix, nº 109; Story, § 521; Voet, *De statut.*, sect. 9, cap. 2; Rocco, parte 5ª, cap. 8.

[2] Burgundus, *Tract.* 4, nº 29.

[3] Confr. Codice civile italiano, art. 1828.

[4] Everhardus, *Consilia sive Responsa juris*, 78, nº 9.

La stessa legge si dovrà applicare per decidere se si può dire verificata la colpa, la negligenza, il caso fortuito, la mora, secondo la regola che ne dà il Voet: *Hinc ratione effectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus in quem destinata est solutio: id quoad modum, mensuram, usuras, negligentiam etc., et moram post contractum initum accedentem, referendum est.*[1]

260. Gli effetti finalmente che derivano da avvenimenti accidentali che si sono verificati prima o dopo della convenzione, o nella sua esecuzione e che non dipendono da una causa inerente all' obbligazione primitiva, ma da fatti nuovi, *ex post facto*, devono essere regolati dalla legge del luogo in cui nasce la nuova causa da cui dipendono. Così, per esempio, se fossero diminuite le garanzie che presentava il debitore all' epoca in cui si obbligò, e il creditore lo potesse fare obbligare giudiziariamente a garantire la sua obbligazione o mediante sicurtà o fidejussione, o mediante altra cauzione, di tutti gli effetti che derivano dalla fidejussione giudiziaria e del diritto che può avere il fidejussore a domandare l' escussione del debitore principale, si deve decidere secondo la legge del luogo in cui seguì il giudizio. Lo stesso si dica degli effetti che derivano dalla novazione, dalla ratifica o dalla conferma di un contratto originariamente nullo, e degli effetti della cessione di un' azione, per i diritti che può avere colui al quale fu ceduto un diritto litigioso rispetto al cessionario, e delle conseguenze che derivano dalla confusione della qualità di debitore e creditore.

Anche della caparra che può esser data in contrassegno di una convenzione da concludersi, e degli effetti giuridici che ne derivano, si deve giudicare secondo la

[1] Voet P., *De statut.*, § 9, cap. 2, p. 270.

legge del luogo in cui la caparra fu data, perchè si deve considerare come un incidente distinto dalla convenzione. Se poi sia data in contrassegno di un'obbligazione già conclusa, deve essere retta dalla *lex loci contractus*. Quindi se la caparra sia data in Italia e non risulti una diversa volontà, si deve considerare come una cautela pel risarcimento dei danni in caso d'inadempimento. La parte che non è in colpa, se non preferisce ottenere l'adempimento della convenzione, può tenersi la caparra che ha ricevuto o domandare il doppio di quella che à data (Codice civile italiano, *art. 1217*).

*261. Uno degli effetti che deriva dall'obbligazione di pagare una somma di denaro, è quello di pagare anche i frutti civili, ossia gl'interessi.

L'usura in generale è tutto ciò che il debitore deve dare oltre la sorte come correspettivo dell'uso che à fatto del capitale e come ricompensa della privazione del godimento di questo provata da colui che ne à fatto l'imprestito.

Per determinare la legge che deve regolare gl'interessi è necessario valutare la causa per la quale questi sono dovuti, e per decidere quali obbligazioni siano produttive di pieno diritto degli interessi si deve applicare la legge sotto la quale esse acquistarono perfezione ed efficacia, perchè gl'interessi legali sono un effetto immediato dell'obbligazione. L'interesse legale (*art. 308* del Codice civile italiano) che deve pagare il tutore sulla somma a cui ascende il residuo debito verso il minore dopo l'ultimazione del conto, è dovuto solamente per le tutele rette dalla legge nostra, anche quando la sede principale della gestione sia stata in territorio straniero, perchè i diritti e gli obblighi del tutore di un italiano son retti dalla nostra legge.[1] Per la stessa ragione

[1] Vedi n° 174 e seg.

l' interesse legale che deriva dall'articolo 507 del Codice civile è dovuto solamente per gli usufrutti retti dalla legge nostra a norma dei principii stabiliti.[1] Il citato articolo infatti dispone: « Al pagamento dei carichi im» posti sulla proprietà durante l' usufrutto è tenuto il » proprietario, ma l' usufruttuario gli deve corrispon» dere l'interesse della somma pagata. » Tale disposizione si deve applicare anche agli usufrutti costituiti su fondi situati all'estero e retti dalla legge nostra, ma per quelli costituiti su fondi situati in Italia e retti da legge straniera si applicherà la legge da cui dipendono. Questa dottrina è conforme a quella accettata per risolvere le questioni transitorie che ànno con queste tante e così strette attinenze. È stato infatti deciso che la nuova legge può far cessare gli interessi legali che la legge anteriore concedeva, o non accordarli che sotto certe condizioni, senza che per questo possa considerarsi come retroattiva.[2]

262. L' interesse convenzionale deriva dalla volontà delle parti. Due difficoltà però possono sorgere circa la legge con cui si deve determinare la ragione dell' interesse quando non sia stabilita espressamente, e circa la legge colla quale si deve decidere (quando una delle legislazioni limiti l'usura) se l' interesse convenzionale sia oltre il limite massimo dell' usura lecita.

Il testo di diritto romano riportato da tutti per risolvere la prima difficoltà è il seguente: *Cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur.*[3] Questo passo però si deve mettere in armonia con quell' altro: *Contractum autem non utique eo loco*

[1] Vedi n° 208 e seg.
[2] Cass. fran. reje., 7 nov. 1825 (Daguerre).
[3] L. 1, Dig., *De usuris* (22, 1).

intelligitur quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia.[1] Indubitatamente se una parte si obbliga a pagare in favore di un'altra in Algeri una somma di denaro e l'interesse, la ragione di questo sarà del 10 °/₀ che è l'interesse che corre in Algeri, benchè il pagamento poi sia domandato e sia fatto in Italia ove l'interesse commerciale è fissato al 6 °/₀. Ma se invece una persona stipulando in Algeri si obbligò a pagare in Inghilterra una somma e l'interesse, la ragione di questo sarà del 5 °/₀ solamente, secondo la legge inglese, non del 10 °/₀, che è la ragione corrente in Algeri. È questo il caso di applicare la regola di Huber. *Verum tamen non ita precise respiciendus est locus in quo contractus est initus, ut si partes alium in contrahendo locum respexerint ille non potius sit considerandus.*[2]

Supponiamo finalmente che due persone facciano una convenzione in Italia colla quale l'una si obbliga di anticipare per conto dell'altra una somma nella piazza di Algeri, e l'altra si obbliga di restituire detta somma e l'interesse a Londra. In questo caso la ragione dell'interesse dovrebbe essere del 10 °/₀ corrente in Algeri, non del 6 °/₀ corrente in Italia, nè del 5 °/₀ corrente in Inghilterra.

Il fondamento di questa dottrina è che la ragione dell'interesse si deve fissare secondo la verosimile intenzione delle parti, come dice il Molineo, *jus est in tacita et verosimiliter mente contrahentium,*[3] e quando l'interesse è dovuto per la dilazione convenuta al pagamento di una somma, si presume che le parti si riferiscano alla legge del luogo in cui la moneta dev'essere pagata, *quia quis censetur potius contrahere in loco in*

[1] L. 3, Dig., *De bonis auct. judic. possid.* (42, 5).
[2] Huber, *De confl. leg.*, L. 1, tit. 3, § 10.
[3] Molineus, *Comm. ad cod.*, lib. I, tit. 1, t. III, p. 554.

quo debet solvere quam in loco ubi fortuito contraxit.[1] Quando poi l'interesse sia dovuto per somme di danaro anticipato, la ragione dovrà determinarsi secondo la legge della piazza in cui la moneta fu anticipata, nonostante che la restituzione debba in altro luogo esser fatta.

Questa opinione ci sembra la più ragionevole anche valutando la natura dell'interesse. Questo è infatti dovuto come correspettivo dell'uso che il debitore fa del capitale e come compenso della perdita che il creditore soffre col privarsi del suo godimento. Quindi secondo la legge del luogo in cui tutto ciò si verifica, si deve determinare la ragione dell'interesse, quando le parti stesse non la determinarono espressamente. È in questo senso che il Gotofredo intende il citato testo di diritto romano: *Cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur. Hæc verba,* dice egli, *ubi contractum est, sic intellige: ubi actum est ut solveret.*[2]

263. Il principio da noi stabilito si applica anche alla ragione del cambio. Supponiamo che due negozianti residenti in due piazze diverse facciano affari l'uno per l'altro, e che la ragione del cambio e dell'interesse sia diversa nelle due piazze. Se le operazioni si verificano tutte nella stessa piazza, come, per esempio, se il negoziante residente a Genova anticipi moneta e venda le merci per conto di quello di America, il bilancio del conto corrente deve farsi sulla piazza di Genova, perchè ivi la moneta fu anticipata ed ivi dev'essere restituita. Se poi i due negozianti ànno due conti correnti e il negoziante di America venda e paghi anche per conto di

[1] Molineus, *Comm. ad cod.*, lib. I, tit. 1, t. III, p. 554.

[2] Gotofredo, n° 10, Ad Dig., L. 1, (22, 1); Confr. per analogia, quist. transit. Cass. franc. rej., 15 nov. 1836 (Colin) Pasicrisie; Bruxelles, 24 maj 1809 (Powis), Sirey, 10, 2, 567; Rej, 21 juin 1825 (Ouvrerd) Pas.

quello di Genova, ove non vi sia alcun concordato, sarà necessario regolare ciascuna operazione secondo la legge del luogo in cui ebbe origine, e per la moneta pagata e le vendite fatte a Genova il bilancio sarà regolato dalla legge o consuetudine italiana, e per le somme anticipate, e per le vendite fatte in America il bilancio sarà regolato dalle leggi o consuetudini americane.[1]

264. Circa poi la legge colla quale si deve decidere quando la ragione dell'interesse ecceda il limite massimo dell'usura lecita, osserviamo che si deve tener conto della legge del luogo in cui il contratto fu fatto. Notiamo però che per luogo del contratto non si deve intendere quello in cui seguì la stipulazione, ma quello a cui le parti si riferirono nell'obbligarsi. Quindi un contratto fatto a Londra per somme anticipate in Gibilterra ad una ragione d'interesse superiore del limite massimo permesso dalla legge inglese, è valido anche in Inghilterra, come dice lo Story: e lo stesso si deve dire se il contratto sia stato fatto in Gibilterra per moneta ivi prestata e restituibile in Londra.[2] Come giusta applicazione di questa regola è stato giudicato dalla Corte di Bordeaux e dalla Corte di Cassazione di Parigi,[3] che qualora due francesi si fossero obbligati in paese straniero ove erano domiciliati a pagare un interesse maggiore del 5 °/₀ in materia civile e del 6 °/₀ in materia commerciale, l'obbligazione sarebbe esecutoria in Francia, purchè fosse conforme alla legge del luogo del contratto. Questo principio però è applicabile quando non solo la stipulazione ma il negozio si sia verificato in territorio straniero; ma non si può ammettere che due persone

[1] Story, § 284, 311 e seguenti.
[2] Story, *Conflict of Law*, § 292.
[3] Bourdeaux, 26 janvier 1831, Dev. 1831, 2, 178, Cass., 10 juin 1857; *Journal du Palais*, 1857, p. 951.

stando in Italia, ove non vi è alcun limite per l'usura convenzionale, possano stipulare l'interesse del 10 °/₀ per un negozio che deve essere eseguito in un paese ove non è permesso stipulare l'interesse maggiore del 6 °/₀, e pretendere che tale obbligazione sia sanzionata dal magistrato di quel paese. *Cum judicio bonæ fidei disceptatur,* dice il testo romano, *arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur: ita tamen, ut legem non offendat.*[1]

Fra tutte le opinioni sostenute in questa materia noi accettiamo quella del Voet come la più conforme ai principii esposti. *Si alio in loco graviorum usurarum stipulatio permissa, in alio vetita sit, lex loci, in quo contractus celebratus est, spectanda videtur in quæstione, an moderatæ an vero modum excedentes usuræ per conventionem constitutæ sint. Dummodo meminerimus, illum proprie locum contractus in jure non intelligi, in quo negotium gestum est, sed in quo pecuniam ut solveret, se quis obligavit. Modo etiam bona fide omnia gesta fuerint, nec consulto talis ad mutuum contrahendum locus electus sit, in quo graviores usuræ, quam in loco, in quo alias contrahendum fuisset, probatæ inveniuntur.*[2]

265. Questa dottrina vale anche nel caso in cui fosse, per garanzia del creditore, stato ipotecato un immobile situato in un luogo la legge del quale non permetta un interesse tanto elevato come quello permesso dalla legge del luogo del contratto. La Corte di Cassazione di Parigi decise il 14 messidoro an. XIII, che quando il fondo ipotecato sia situato in un paese la cui legge proibisca

[1] L. 1, Dig., *De usur.*, (22, 1). Confr. quist. transit., Bruxelles, 10 janv. 1810 (Stephani); Cass., 20 fév. 1810 (Bertrand); Cas. rei 16 mai 1838 (Prat.) Pasicr.

[2] Voet, *Ad Pand.*, lib. XXII, tit. 1, § 6; confr. Burgundus, *Tract.* 4, § 10; Kent, *Comment.*, Lec. 59; Boullenois, *Observ.* 46; Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, cap. 21; Massè, *Droit comm.*, n° 616.

il prestito ad interesse, il terzo detentore non può pretendere, per sfuggire l'azione ipotecaria, che gli interessi pagati siano imputati sul capitale in conformità della legge del luogo in cui il fondo è situato; ma deve tener conto della *lex loci contractus.*[1] Questa è pure l'opinione del Voet il quale dice in continuazione del passo citato: *Etiamsi de cætero hypotheca, in sortis et usurarum securitatem obligata, in alio loco sita sit, ubi solæ leviores usuræ permissæ; cum æquius sit contractum accessorium regi ex loco principalis negotii gesti, quam ex opposito contractum principalem regi lege loci, in quo accessorius contractus celebratus est.*[2]

*266. Uno degli effetti che deriva dall'inesecuzione di un'obbligazione è il diritto che à il creditore di costringere il debitore ad indennizzarlo della perdita sofferta per l'inadempimento, cioè, del danno emergente e del lucro cessante. È però necessario osservare se il debitore sia obbligato ad indennizzare il creditore e prestare l'*id quod interest* e fissare il valore pecuniario dell'indennità ossia il *quanti ea res est.*

Per giudicare se il debitore sia obbligato al pagamento dei danni si deve tener conto della *lex loci contractus*, perchè il diritto deriva virtualmente dalla natura dell'obbligazione. Supponiamo, per esempio, che in un contratto di deposito stipulato in Italia sia pattuito che la restituzione debba farsi in territorio straniero. È indubitato che il depositario è tenuto a trasportare la cosa al luogo fissato a spese del deponente, e che deve custodirla colla stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie e in mancanza è responsabile della perdita sofferta dal deponente per l'inadempimento dell'obbligazione (*art. 1843, 1858*). Se l'erede del deposita-

[1] (Vanderlinden) Dev., 2, 1, 153. Sirey, 7, 2, 1026.
[2] Voet, *Ad Pand.*, lib. XXII, tit. 1, § 6.

rio avesse venduto in buona fede la cosa che ignorava essere depositata, non sarà tenuto ad indennizzare il deponente per l'inadempimento, nonostantechè diversamente disponga la legge del luogo in cui la cosa doveva essere consegnata, perchè essendo stato il contratto compiuto in Italia, si deve applicare la legge nostra per determinare i diritti e gli obblighi del deponente e del depositario, e l'*art. 1851* del Codice civile italiano obbliga l'erede, nel caso in questione, a restituire il prezzo ricevuto o a cedere la sua azione verso il compratore se il prezzo non gli sia stato pagato.

Per la stessa ragione si deve sempre applicare la *lex loci contractus* per decidere se vi sia diritto nel contratto di permuta a domandare risarcimento di danni in caso di lesione, se nel contratto di vendita il venditore sia tenuto a indennizzare il compratore, oltre il prezzo, laddove la cosa fosse difettosa, o fosse perita per i suoi difetti o per caso fortuito.

Per fissare poi a valore pecuniario la perdita sofferta dal creditore, ossia per calcolare l'*id quod interest*, applica la legge del luogo destinato per la prestazione, perchè ivi si verifica la mora e la perdita che ne è conseguenza, e secondo la stessa legge se ne determinano gli effetti giuridici. Ciò vale quando non sia stabilito nella convenzione a che sia tenuto chi manchi di eseguirla. Anche in questo caso però se l'obbligazione sia stata eseguita in parte, bisognerà rimettersi all'arbitrio del giudice del luogo destinato per il pagamento, per valutare a che sia tenuto il debitore per l'esecuzione incompleta.

267. Notiamo che nelle obbligazioni le quali ànno per oggetto una somma di danaro, i danni derivanti dalla mora consistono nel pagamento degl'interessi legali, e questi devono determinarsi secondo la *lex loci solutio-*

nis, anche quando sia stata nel contratto primitivo stabilita una rata convenzionale d'interesse fino alla scadenza.[1] Quindi se il pagamento sia stato destinato in Italia, il debitore moroso può esser tenuto a pagare gl'interessi degl'interessi scaduti secondo dispone l'*art. 1232*, quantunque fosse diversa la *lex loci contractus*.[2] In questioni transitorie analoghe fu in Francia deciso che gl'interessi del 10 % stipulati in un contratto anteriore alla legge del 3 settembre 1807 e scaduti dopo questa legge doveano avere effetto fino alla scadenza soltanto, per la ragione che la mancanza di pagamento non poteva prorogare di pieno diritto la primitiva stipulazione.[3] Ma un contratto di prestito fatto prima della legge del 3 settembre 1807, nel quale fu convenuto che l'interesse del 10 % sarebbe pagato fino al rimborso del capitale, fu dichiarato efficace, anche dopo la promulgazione della legge 3 settembre 1807.[4]

268. In alcuni casi può sorgere qualche difficoltà circa il tempo ed il luogo in cui si può dire verificata la mora. Quanto al tempo si può dubitare se sia o no necessaria l'intimazione al debitore qualora la *lex loci contractus* ammetta il principio *dies interpellat pro homine* e non l'ammetta la *lex loci solutionis*. Ma si dovrà sempre tener conto della legge del luogo destinato per il pagamento perchè l'intimazione del creditore appartiene al modo di esecuzione, quindi secondo la legge del luogo in cui si deve eseguire l'obbligazione, si deve decidere se lo spirare del termine basti per costituire in mora il debitore.

[1] Confr. quist. transit. Cass. fran., 13 juill. 1829 (Dupaty).

[2] Arg., Quis. trans., Cass. fran. Rej, 10 déc. 1817 (Escape) Trib. de la Seine, 9 mai 1818, e Paris, 14 mai 1819 (Orléans) Pasicr.

[3] Bourdeaux, 13 août 1829 (Lagarelie) Pasicr.

[4] Poitiers, 8 fév. 1825 (Guerouille) Pasicr.

Così quanto al luogo si può dubitare in certi casi se l'adempimento dell'obbligazione debba verificarsi al domicilio del debitore o a quello del creditore. Uno dei casi in cui può sorgere questo dubbio è quando il proprietario di una casa di commercio viaggia o fa viaggiare un suo agente per ricevere commissioni e si obbliga a spedire le merci alla consegna. Per adempiere la sua obbligazione è necessario che egli spedisca le mercanzie, le quali restano qualche tempo in viaggio, e finalmente arrivano in possesso del compratore. Se si considera che il proprietario della casa di commercio quando à spedito coi mezzi ordinarii di trasporto le mercanzie al loro indirizzo, à compiuti tutti gli atti che erano in suo potere per eseguire la sua obbligazione, si deve conchiudere che l'invio della mercanzia è l'adempimento, e che il ricevimento della stessa è una conseguenza ulteriore dell'esecuzione di già perfetta. Se poi si considera che il venditore si è obbligato a consegnare le merci al compratore, si può conchiudere che il loro invio è un fatto preparatorio dell'esecuzione, e che l'obbligazione non si può dire adempiuta che quando la merce arrivi nelle mani del compratore.

Secondo che l'adempimento si considera sotto l'uno o l'altro dei due punti di vista, si può dire che la mora si verifica nel domicilio del venditore o in quello del compratore.

Il Savigny[1] opina che la spedizione costituisca l'esecuzione reale, e che l'adempimento dell'obbligazione deve perciò considerarsi al domicilio del venditore. Egli si appoggia a due disposizioni di diritto romano, cioè che la perdita della cosa per caso fortuito è a rischio del compratore dal momento in cui la vendita è conclusa,

[1] Savigny, *Traité du droit romain*, vol. VIII, § 370.

ossia prima che la proprietà sia acquistata per tradizione,[1] e che quando è stata promessa la consegna di una cosa mobile non può essere domandata che nel luogo in cui la cosa si trova.[2]

In una causa giudicata dalla Corte di Appello di New-York prevalse questa opinione. Un negoziante consegnò in Cina una partita di merci per venderle in New-York e l'affidò ad un agente del destinatario col patto che il prodotto della vendita gli sarebbe stato spedito in Cina. Fallito il destinatario sorse la questione se la rata dell'interesse moratorio dovesse determinarsi secondo la legge della Cina o secondo quella di New-York. Il cancelliere Kent sostenne e il tribunale decise doversi determinare secondo le leggi della Cina, ma la Corte di Appello cancellò la sentenza e decise doversi valutare secondo la legge di New-York. Sì l'una che l'altra decisione era fondata sul principio che l'interesse era dovuto secondo la legge del luogo in cui si verificò la mora. Il tribunale considerò che la consegna essendo stata fatta in Cina e dovendo ivi rimettersi la moneta, l'obbligazione non si poteva dire eseguita che quando la moneta giungeva al luogo di sua destinazione e perciò ivi si doveva dire avvenuta la mora. La Corte di Appello al contrario ritenne che essendo state le merci consegnate per essere vendute a New-York e dovendo la moneta essere spedita da New-York per la Cina, l'obbligo del commissionario era soddisfatto completamente quando spediva la moneta da New-York per la Cina e che ivi si dovea considerare verificata la mora.[3]

269. Può accadere che un debitore per assicurare

[1] § 5, *Ist. de empt.* (III, 24).
[2] L. 12, § 1, Dig., *Deposit.* (XVI, 3).
[3] Story, *Conflict of Law*, § 297.

meglio il creditore circa l'adempimento dell'obbligazione gli prometta una prestazione pel caso in cui per propria colpa egli o non adempia, o adempia tardivamente l'obbligazione principale. Della clausola penale, che è una convenzione accessoria, si deve giudicare coi principii e colle distinzioni esposte nei numeri antecedenti, perchè il debitore non incorre nella pena che quando è in mora o in colpa. E, purchè non sia contraria ai principii di ordine pubblico, la clausola penale vale dovunque per determinare l'estensione dei danni ed interessi cui può essere tenuto il debitore per la mancata o incompiuta esecuzione.

*270. Circa l'arresto personale cui può essere costretto il debitore per l'inadempimento, notiamo che si deve decidere secondo la legge del luogo di esecuzione, se esso deriva di pieno diritto dalla natura dell'obbligazione, perchè l'arresto personale è un mezzo di esecuzione e la legge che lo proibisce è una legge di ordine pubblico. Può sorgere però la difficoltà nei casi in cui l'arresto personale non derivi di pieno diritto, ma sia stato stipulato espressamente dalle parti. Può accadere infatti che secondo la *lex loci contractus*, e secondo la *lex loci solutionis*, sia permesso di obbligarsi con convenzione all'arresto personale, ma in certi casi determinati, e che il debitore si sia obbligato all'arresto personale in un caso non permesso dalla legge del luogo in cui l'obbligazione dev'essere eseguita.

Il Boullenois[1] dice che in questo caso si dovrebbe tener conto della legge del luogo della convenzione, perchè il creditore à calcolato di poter fare imprigionare il debitore e sarebbe lo stesso che mancare alla buona fede, dichiarando tale clausola di niun effetto. A noi

[1] Boullenois, *Observ.*, t. I, p. 465.

pare che con più ragione si possa sostenere la negativa, perchè la legge che proibisce in certi casi di obbligarsi con arresto personale è una legge di ordine pubblico. Se il creditore potesse far condannare il debitore nel luogo in cui la convenzione fu stipulata, questi non può eccepire invocando la sua legge personale secondo cui non poteva validamente obbligarsi all'arresto personale, ma se volesse farlo condannare nella sua patria non lo potrebbe, perchè la legge che proibisce in certi casi di disporre della libertà del debitore, è sempre una legge di ordine pubblico.[1] A ragione quindi la Corte di Parigi à deciso che lo straniero il quale abbia in Francia il domicilio di fatto può essere condannato all'arresto personale, e che non è necessario per assoggettarlo alla legge francese che egli abbia ottenuto dal governo l'autorizzazione a stabilire in Francia il suo domicilio.[2]

CAPITOLO III.

Della interpretazione delle obbligazioni.

271. Regole generali d'interpretazione. — 272. Regole speciali quando le parole senza essere oscure possono avere un significato diverso. — 273. Principii coi quali si deve accertare la vera intenzione delle parti. — 274. Contratto concluso per lettera. — 275. Moneta con la quale deve farsi il pagamento. — 276. Clausole dei testamenti. — 277. Regola generale per risolvere tutti gli altri dubbi che possono nascere dalla stipulazione.

271. Tutti i diritti e gli obblighi reciproci del creditore e del debitore derivano dalla loro intenzione nel-

[1] Massé, *Droit comm.*, 634.

[2] Paris, 21 avril 1838 (Houséal) Pasicr.; Pardessus, nº 1524; Coin-Delisle, Sur l'art. 14 de la loi du 17 avril 1832, nº 2.

l'obbligarsi. In alcuni casi però le espressioni adoperate possono essere ambigue ed è necessario stabilire alcune regole d'interpretazione per accertare nei casi dubbi l'intenzione che le parti ànno avuta nell'obbligarsi.

Quando il dubbio deriva perchè le espressioni adoperate sono per loro stesse oscure ed equivoche, i precetti di diritto romano e le regole generali d'interpretazione possono essere sufficienti. La convenzione s'interpreterà quindi contro colui che stipula, se si tratta di una stipulazione:[1] contro il venditore o il proprietario, se si tratta di una vendita o locazione.[2] E la ragione si è che la persona interessata deve prevenire il dubbio con una redazione chiara e precisa del patto, e se non lo fa, lo si deve imputare a sua negligenza o a mala fede.

272. Nei contratti però stipulati in un luogo ed eseguibili in un altro tra persone appartenenti a paesi diversi l'interpretazione, che si riduce sempre ad una questione di fatto, può essere necessaria anche quando le espressioni benchè chiare e certe, possono avere un significato diverso, secondo le diverse leggi cui la convenzione stessa può riferirsi. Il Vächter riporta il seguente esempio. Una Compagnia di assicurazione di Lipsia aveva stampato nel suo statuto: « eccetto il caso in cui il sinistro risultasse da un ammutinamento ». Verificatosi un incendio comunicato dal di fuori, sorse la questione, se per la nozione giuridica dell'ammutinamento, che è diversa secondo le leggi dei diversi Stati, si dovea applicare la legge sassone, o quella del luogo in cui il sinistro era accaduto.[3]

[1] L. 27, *De reb. dub.*, (XXXIV, 5); L. 38, § 18; L. 99 pr., *De verb. oblig.* (XLV, 1).

[2] L. 39, *De pactis* (II, 14); L. 21, 33, *De contr. emt.* (XVIII, 1); L. 172 pr., *De reg. jur.* (L, 17).

[3] Savigny, *Traité du droit romain*, vol. VIII, § 374.

In questi e simili casi non basta applicare la regola: *in contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis*,[1] la quale vale per le clausole oscure ed ambigue, ma si deve piuttosto tener conto dell'altro precetto: *in conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari oportet*,[2] perchè nel fatto la questione si riduce a determinare il valore giuridico di un'espressione per se stessa chiara e certa.

273. Poichè nei contratti tutto dipende dalla volontà delle parti, l'interpretazione nei casi dubbi deve essere ordinata a determinare l'intenzione dei contraenti, secondo la natura dell'obbligazione, la situazione dell'oggetto e le circostanze. La regola di diritto romano *quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire*[3] può valere in generale, quando dalle circostanze si può presumere che le parti ànno voluto appropriarsi il linguaggio del luogo in cui seguì la stipulazione. In certi casi però è più ragionevole presumere un'intenzione contraria e la regola non è applicabile.

Supponiamo, per esempio, che sia venduto un fondo situato in un paese straniero e che il prezzo sia specificato per jugero, per ara, o per acro: se l'estensione di terreno corrispondente alla misura indicata fosse diversa nel luogo della stipulazione ed in quello della *rei sitæ* può sorgere il dubbio se per accertare il significato di quell'espressione per se stessa chiara debba applicarsi l'una o l'altra legge. Le opinioni dei giuristi e le decisioni dei tribunali sono diverse. Alcuni opinano che debba preferirsi la *lex loci contractus*, altri

[1] Pothier, *Oblig.*, nº 95; Merlin, *Répert.*, *Convention*, § 7, L. 54, Dig, *De regul. jur.* (L, 17).

[2] L. 219, Dig., *De verborum signif.* (L, 16).

[3] L. 31, Dig., *De ædilitio ædict.* (XXI, 1).

la *lex rei sitæ.*[1] La seconda opinione conta un numero maggiore di autorità: *Si res immobiles*, dice il Voet, *ad certam mensuram debeantur, et ea pro locorum diversitate varia sit, in dubio solvi debent juxta mensuram loci in quo sitæ sunt,*[2] ed il Molineo: *Stantibus mensuris diversis, si fundus venditur ad mensuram, vel affirmatur, vel mensuratur, non continuo debet inspici mensura quæ viget in loco contractus, sed in dubio debet attendi mensura loci in quo fundus debet metiri et tradi et executio fieri.*[3] E quantunque questa opinione che è divisa anche dal Boullenois e dal Savigny[4] sia la più giusta, pure debbono alcuni casi essere eccettuati dalla regola. Se il contratto di vendita sia stato stipulato nel domicilio delle parti, si deve con più ragione presumere che esse abbiano adoperato il linguaggio a loro più familiare, ed abbiano voluto parlare della misura corrente nel loro paese, non di quella del luogo in cui la cosa è situata. Quando poi una sola delle parti fosse domiciliata nel luogo della stipulazione, e dalle circostanze si potesse dimostrare che lo straniero conosceva il linguaggio del luogo in cui l'atto fu stipulato, e che se lo era appropriato, si deve pure preferire la legge del luogo della stipulazione per determinare l'estensione corrispondente della misura indicata.

Per le cose mobili l'opinione più fondata è che la misura debba essere fatta secondo la legge del luogo destinato per la loro consegna. La misura infatti è un atto distinto dalla vendita, e si può considerare piut-

[1] Boullenois, *Observ.* 46; Burge, *Comm. on colon. and foreign Law*, Pt. 2ª, ch. 9

[2] Voet, *De statutis*, lib. XLVI, tit. 3, nº 8; Choppini *Opera de feudis*, T. 2, L. 2, tit. 3, nº 40; Burge, *Comment.*, Pt 2ª, ch. 9.

[3] Molineus, *Comm. ad Cod.*, lib. I, tit. 1, l. 1; tomo III, *Conclus. de statut.*

[4] Savigny, op. cit., § 374; Boullenois, *Observ.* 46; Massé, § 603.

tosto come un modo di esecuzione dipendente dalla legge del luogo in cui le merci devono essere consegnate.

274. Quando il contratto sia stato concluso per lettere, si deve prendere in considerazione la legge e la consuetudine del luogo in cui dimora quello che scrisse la prima lettera, perchè si presume che scrivendo abbia voluto adoperare il linguaggio che gli è più familiare. Quindi se un mercante spagnuolo offrisse ad un americano una partita di merci pel valore di tante piastre, s'intende che à voluto parlare della piastra corrente nella Spagna, non di quella corrente in America.

275. Circa la moneta con la quale dev'essere pagato il prezzo convenuto può sorgere il dubbio quando il valore reale della moneta fosse diverso nel luogo della stipulazione ed in quello in cui il pagamento è domandato. Il Toullier [1] pone il caso di un tedesco che vende ad un olandese un suo fondo di terra per 2000 fiorini senza determinare se intende parlare del fiorino corrente in Germania, o di quello corrente in Olanda il quale à un valore diverso, e dice che il valore del fiorino dev'esser quello corrente nel luogo del contratto. Questa è pure l'opinione dello Story e del Burge,[2] e noi l'accettiamo quando però nel contratto stesso non sia stato designato il luogo del pagamento. Se un fondo di terra situato in Giammaica sia venduto in Inghilterra per 20,000 lire senza specificare il valore corrente, essendovi la differenza dell'8 °/₀ tra la lira sterlina inglese e quella corrente in Giammaica, il venditore può pretendere che il compratore gli paghi 20,000 lire sterline, valore corrente in Inghilterra, che corrispondono a 28,000 lire, valore corrente in Giammaica. La ragione è perchè si deve presumere che il prezzo debba essere

[1] Toullier, t. VI, nº 319.
[2] Story, *Conflict of Law*, § 271; Burge, *Comm.*, Pt. 2ª, ch 9.

pagato nel valore corrente nel luogo del contratto, non in quello dove è posta la cosa,[1] a menochè dalle circostanze non si possa presumere un' intenzione contraria. Ma se sia stato nel contratto designato il luogo del pagamento, questo dovrà farsi nel valore corrente in quel luogo, perchè si deve presumere che a quello le parti si sieno riferite. *Æstimatio rei debitæ*, dice Everardo, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio, non obstante quod contractus alibi sit celebratus.*[2]

Il principio esposto si applica ai pagamenti a qualunque titolo.

276. Le clausole dei testamenti che possono avere un significato diverso nel luogo in cui l' atto fu fatto, e in quello in cui esiste la cosa, si devono interpretare secondo la legge del testatore, perchè si presume che egli si sia riferito alla legge ed alla consuetudine della sua patria. *Quando verba sunt ambigua tunc inspicimus quid testator senserit.*[3]

Non ci allungheremo a dare altre regole d' interpretazione perchè in verità non si possono stabilire principii generali, ma si deve in ciascuna specie ricercare la verosimile intenzione delle parti. Alcuni scrittori, e tra questi lo Story, ànno dato alle questioni d' interpretazione tanta estensione da comprendere moltissime controversie sul diritto delle obbligazioni. È vero che tutto si può ridurre a questione d'interpretazione, ma con pregiudizio del metodo e della distribuzione scientifica della materia.

277. Le regole date valgono per le clausole chiare che possono avere un significato diverso; per tutti gli altri dubbi poi che possono sorgere bisogna tener conto

[1] Confr. Pardessus, *Droit comm.*, nº 1492.
[2] Everhard, *Consil.*, 78, nº 9; Burgundus, *Tract.* 4, nº 29.
[3] Sandé, *Comm. de reg. jur.*, l. 9.

delle consuetudini vigenti nel luogo della stipulazione. *Consuetudinem regionis sequimur*, dice Gotofredo, *et ideo conducere, concedere, contrahere et quidvis agere pro modo regionis in dubio presumitur. Nam sicut natura non separatur a subjecto, ita nec a consuetudine. Quod est de consuetudine habetur pro pacto.*[1]

CAPITOLO IV.

Della efficacia e della forza esecutiva dei contratti fatti in territorio straniero.

278. In che consiste la sostanza dell' obbligazione giuridica. — 279. I contratti fatti in paese straniero sono stati considerati sempre efficaci. — 280. Condizioni per l'efficacia di un contratto. — 281. Contratti contro i regolamenti di polizia di uno Stato. — 282. Compra dei biglietti di lotteria straniera. — 283. Un contratto valido può essere inefficace per certi effetti solamente. — 284. Contratti fatti in frode delle leggi fiscali di uno Stato. — 285. Contratti per contrabbandare la merce in uno Stato. — 286. Opinioni dei giuristi circa l'efficacia dei contratti per eseguire il contrabbando all'estero. — 287. Opinione nostra. — 288. Si conferma l' opinione nostra con l'autorità di Kent e di M. Chitty. — 289. Forza esecutiva dei contratti. — 290. Disposizione della legge nostra per rendere esecutorio un contratto fatto all'estero. — 291. Della legge con la quale si deve giudicare delle azioni ed eccezioni cui può dar luogo un contratto. — 292. Azione di garanzia contro il venditore. — 293. Azioni di rescissione, di rivocazione, d'annullamento. — 294. Azione redibitoria. — 295. Opinione dei giuristi circa la prescrizione delle azioni. — 296. Opinione nostra e del Savigny.

278. La sostanza dell' obbligazione giuridica consiste nel diritto che acquista una parte a domandare, cor-

[1] Gothofredus, *Ad Pand.*, L. 34, *De reg. jur.* (L, 17).

rispondente al dovere che lega l'altra ad eseguire. *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel prestandum.*[1] Allora solamente l'obbligazione si può dire pienamente efficace quando il debitore può essere costretto alla prestazione mediante un'azione esercitata in via giudiziaria. *Debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest.*[2] Del modo e della forma con cui devono esercitarsi le azioni per ottenere la sanzione giudiziaria delle obbligazioni, e del magistrato a ciò competente discorreremo a suo luogo. Qui dobbiamo trattare solamente della efficacia di un contratto in un paese diverso da quello in cui fu stipulato.

279. Tutti i popoli civili ammettono che l'obbligazione derivante da un contratto deve avere un valore estraterritoriale. Gli stessi Romani tanto rigorosi verso gli stranieri considerarono la gran parte dei contratti di diritto delle genti. *Ex hoc jure gentium.... commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes istitutæ, exceptis quibusdam quæ a jure civili introductæ sunt.*[3] Conviene però distinguere bene l'efficacia giuridica del contratto dalla forza esecutiva che esso può avere di pieno diritto sotto certe condizioni.

*280. Circa l'efficacia osserviamo che di qualunque contratto valido secondo la legge del luogo in cui le parti si obbligarono, si può domandare la sanzione giudiziaria dovunque, a condizione però che la prestazione a cui il creditore vuol costringere il debitore non sia contraria ai principii di ordine pubblico, alle istituzioni e alle leggi proibitive vigenti nel luogo in cui si eser-

[1] L. 3 pr., Dig., *De oblig. et act.* (XLIV, 7).
[2] L. 108, Dig., *De verb. sign.* (L, 16).
[3] L. 5, Dig., *De justitia et jure* (I, 1)

cita l'azione. Tale dottrina fu dichiarata inoppugnabile dai sapienti giureconsulti romani. *Pacta quæ contra leges costitutionesque, vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati juris est.*[1]

Applicando questo principio si deduce che devonsi considerare inefficaci non solo i contratti per futura coabitazione illecita, prostituzione, pubblicazioni oscene e quelli che importano una morale turpitudine, ma quelli altresì che sono in contradizione col diritto pubblico dello Stato. Se un italiano si fosse obbligato in un luogo in cui la tratta non è abolita, a trasportare gli schiavi negri nell'America, e avesse ricevuto un'anticipazione sul prezzo di trasporto, non potrebbe essere costretto innanzi ai tribunali all'adempimento, perchè la tratta dei negri è proibita dalle nostre leggi ed è repressa con pene gravissime.[2] E inefficace del pari sarebbe una convenzione per trasportare merci di contrabbando in tempo di guerra qualora il nostro Stato avesse dichiarato la neutralità.[3]

281. Si dica lo stesso dei contratti contro i regolamenti di polizia, o le leggi proibitive di uno Stato. La compra e vendita del sale, del tabacco, degli spiriti, liquori e simili, in uno Stato in cui è necessaria la patente per commerciare tali oggetti non può essere sanzionata dal tribunale. Notiamo però che quando il contratto sia stato perfetto e consumato ed il venditore volesse costringere il debitore in un paese straniero al pagamento del prezzo, il magistrato può condannarlo. *Si clam*, dice Ubero, *fuerunt venditæ merces in loco ubi prohibitæ sunt, emptio venditio non valebit ab initio nec parit actionem, quocumque loco instituatur, utique*

[1] L. 6, Cod., *De pactis* (II, 3). — Vedi Appendice, p. 595
[2] Codice di marina mercantile, parte 2a, tit. 2, cap. 5.
[3] Kames, *Principles of equit*, B. 3, ch. 8, § 1; Kent, lect. 37, 39

ad traditionem agendam: sed si traditione facta pretium solvere nollet emptor, non tam contractu quam re obligaretur, quatenus cum alterius damno locupletior fieri vellet.[1] Lo stesso si deve dire se la merce sia stata comprata in un luogo in cui non esisteva alcuna proibizione e l'azione pel pagamento del prezzo si eserciti nel luogo in cui la merce fu trasportata nonostante la proibizione. Anche in tal caso il pagamento sarebbe un effetto immediato del contratto di compra e vendita perfezionato, consumato e originariamente valido.[2]

282. In Francia, ove è proibita l'introduzione delle lotterie straniere,[3] si è disputato se si potesse agire contro un francese pel pagamento di un biglietto di una tale lotteria. La Corte Reale di Parigi pronunziò la nullità di tale obbligazione,[4] ed il Massè opina che anche quando l'obbligazione sia stata sottoscritta in un paese in cui la convenzione non era proibita, il francese non può essere convenuto in Francia pel pagamento.[5] Al contrario innanzi al tribunale di New-York, ove è proibita la vendita dei biglietti di lotteria, fu intentata un'azione per ottenere il pagamento di un biglietto di lotteria comprato a Kentucky, ove la vendita era permessa. E il tribunale, senza distinguere se l'obbligazione dovesse essere eseguita a New-York o a Kentucky,[6] ammise l'azione e condannò la parte all'adempimento. Questa soluzione ci sembra preferibile.

283. In certi casi benchè il contratto sia valido secondo la legge del luogo in cui fu stipulato e secondo

[1] Huber, *De conflictu legum*, L. 1, tit. 3, § 3.
[2] Story, *Conflict of Law*, § 251-52.
[3] Arrêt du Conseil, 20 sept. 1776; Loi 21 mai 1836.
[4] Paris, 25 juin 1829 (Sirey, 1829, II, 341); Fuelix, n° 99.
[5] Massè, *Droit comm.*, n° 570.
[6] Story, *Conflict of Law*, § 258 a.

quella del luogo in cui se ne domanda la sanzione giudiziaria, questa può tuttavia essere negata per certi effetti, contrarii ad alcune locali istituzioni in vigore. Così è, per esempio, del patto commissorio aggiunto al contratto di pegno o di anticresi, delle convenzioni per successioni future, e di quelle che importano illecita usura. Questo principio vale anche per quelle obbligazioni, l'adempimento delle quali non può essere domandato giudiziariamente, e che la legge nostra chiama obbligazioni naturali (*art. 1237*), tali sono, per esempio, i debiti di giuoco e di scommessa, pel pagamento dei quali il nostro codice non accorda alcuna azione (*art. 1802*). Per questa e per le altre obbligazioni naturali volontariamente soddisfatte il nostro codice non ammette la ripetizione del pagato (*art. 1804, 1237*). Quindi se un minore o un interdetto straniero avesse contratto un debito a favore di un italiano senza l'assistenza del suo rappresentante legittimo, e divenuto maggiore e sciolto dall'interdizione avesse volontariamente eseguito la sua obbligazione, non può ripetere il pagato innanzi ai nostri giudici perchè il Codice civile italiano dispone (*art. 1309, capoverso 2°*): « l'esecuzione volontaria di un'obbligazione secondo le forme e nei tempi determinati produce rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto. »

284. Circa l'efficacia dei contratti fatti in territorio straniero per frodare le leggi sulle imposte, alcuni ànno voluto sostenere che qualunque contratto fatto in *fraudem legis domesticæ* debba essere considerato come nullo nel proprio paese, ed ànno spinto l'abuso della formola *in fraudem* fino all'assurdo, ammettendo che un contratto valido potesse essere annullato anche quando le parti si recarono in estero territorio per evitare le spese moleste del bollo e del registro. In tali casi,

e questa è pure l'opinione del Savigny,[1] molto deve lasciarsi alla discrezione del magistrato al quale, esaminate le circostanze, spetta decidere se conseguenza della frode debba essere la nullità dell'atto o una pena di un'altra natura come la semplice ammenda. In ogni modo tali contratti non potrebbero dichiararsi inefficaci che quando la legge del paese ciò stabilisca.[2]

285. Non si può dire lo stesso del contratto che avesse per oggetto immediato la violazione delle leggi di dogana o dei diritti fiscali di qualunque natura. Tutti ammettono che il contrabbando si deve considerare come un delitto nello Stato le cui leggi si vogliono defraudare. Beccaria lo considera come un furto fatto al principe e per conseguenza alla nazione medesima,[3] ed è indubitabile che i contratti relativi sono nulli e di niun effetto dinanzi ai tribunali dello Stato di cui si vogliono eludere le leggi. Ciò vale anche per i contratti accessorii e per tutto ciò che forma parte della *res gesta*. Quindi uno straniero non avrà azione innanzi ai tribunali nostri per le spese di trasporto, per le somme anticipate, per l'assicurazione della nave o per tutto ciò che fu pattuito fra le parti per eseguire il contrabbando nel nostro Stato.

*286. Discordano i giuristi circa l'efficacia giudiziaria di tali contratti quando avessero per oggetto di eseguire il contrabbando all'estero. Il Pfeiffer, il Pothier, il Delangle ed altri[4] sostengono che nessuno Stato dovrebbe sanzionare tali contratti. È lo stesso, dice il

[1] Savigny, *Traité du droit romain*, vol. VIII, p. 353.
[2] Schaeffner, *Diritto privato*, § 83; Foelix, *Droit privé internat.*, n° 82; Story, § 261.
[3] Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 31.
[4] Pothier, *Assur.* n° 58; Delangle, *Traité des Sociétés commerciales*, tomo I, n° 104.

Pothier, che mancare alla buona fede ed ai reciproci doveri, il sanzionare i contratti fatti per frodare le leggi doganali di un altro Stato. Al contrario il Valin, l'Emerigon, il Pardessus, lo Zaccaria, il Massè ed altri [1] opinano che nessuno Stato sia obbligato a far rispettare le leggi fiscali di un altro, e che i tribunali non debbano dichiarare inefficaci i contratti per eseguire il contrabbando all' estero.

« Il contrabbando, dice il Pardessus, è un delitto » solo per i sudditi che violano le leggi dello Stato. » A tale riguardo i governi vivono in ostilità perma- » nente e senza favorire apertamente le intraprese che » si propongono il contrabbando, non le proscrivono. » Gl' interessi commerciali sarebbero gravemente dise- » quilibrati se una nazione si proponesse scrupolosa- » mente di proibire il contrabbando, mentre le altre lo » permettono. »

Anche il Massè considera il contrabbando come un vizio comune a tutte le nazioni, una guerra reciproca ed un mezzo commerciale che è permesso alle une perchè le altre lo permettono. « D' altronde, dice egli, se » i nazionali si espongono alla vendetta delle leggi stra- » niere ed al rischio di perdere la merce, qualora rie- » scano ad effettuare il contrabbando, non devono ren- » der conto di nulla ai nostri magistrati perchè non » ànno frodato le nostre leggi. » A sostegno della sua dottrina il Massè cita due sentenze, una a proposito di un' associazione per fare il contrabbando, [2] l' altra di

[1] Valin, *Comm. ord.* 1681, art. 49, titre *De assur* ; Emerigon, *Traité des assur.*, cap. 8, § 5; Pardessus, *Droit comm.*, n° 1492; Zaccaria, *Droit civil;* Aubry e Rau, § 31, n° 4, nota 57; Massé, *Droit comm.*, n° 568. Confr. Schaeffner, n° 89; Story, § 245; Kames, *On equity principles*, 3, ch. 8, § 1.

[2] Cass. fr., 25 août 1835 (Dev. 1835, 1, 675).

assicurazione della nave e della merce contro il rischio e pericolo dell' illegale commercio.[1]

287. Non accettiamo l'esposta dottrina perchè non possiamo ammettere che gli Stati vivano in ostilità permanente, come dice il Pardessus. Il solo fatto che i trattati di commercio si moltiplicano, prova il contrario. Il Massè opina che Pothier da uomo onesto non à considerato che un lato solo della questione; a noi pare invece che siano essi che considerano il fatto sotto il rispetto dell' utilità, piuttosto che sotto quello del diritto. I contrarii dicono che il contrabbando è un delitto per chiunque lo compie nello Stato che à elevato questo fatto a delitto, ma che è indifferente per gli altri Stati presso i quali non esiste alcuna proibizione: che perciò il magistrato di tali Stati non può colpire di nullità l'obbligazione di prestare un fatto per la legge indifferente. Al che osserviamo che quantunque il contrabbando possa essere un fatto indifferente per uno Stato straniero, non è indifferente la violazione diretta della legge straniera che deriverebbe immediatamente dall'adempimento della prestazione. Il magistrato, costringendo la parte obbligata all'adempimento, sanzionerebbe la lesione diretta dei diritti di un'altra sovranità, e ammettendo col Beccaria che il contrabbando è un furto fatto al principe ed alla nazione, non si può dire indifferente l'autorizzare i propri sudditi a commetterlo a danno di un altro Stato. Secondo i principii di buona fede e di giustizia internazionale si deve impedire che s' intraprenda e si compia qualunque fatto lesivo dei diritti delle altre sovranità.

Nè si può dire che il rispetto della legge interessi solamente l'autorità da cui la legge emana, in modo che

[1] Cass. fr., 25 mars 1835 (Dev. 1835, 1, 804); Aix, 30 août 1833 (Dev. 1834, 2, 161).

le autorità straniere possano tollerarne e autorizzarne la violazione. Oggi sopratutto alla teoria dell'isolamento si vuole sostituire quella della solidarietà degl'interessi come fondamento dell'ordine sociale e internazionale: e perciò nei codici penali moderni si vuol far prevalere il principio che il diritto e l'obbligo di punire certi delitti è d'interesse comune. Il contrabbando non appartiene a questa categoria di delitti, e perciò uno Stato non può punire i sudditi che commisero il contrabbando all'estero applicando le leggi ivi vigenti, ma non può neppure autorizzarli a commetterlo sanzionando i contratti relativi.

Sappiamo che l'opinione contraria conta numerosi partigiani e che à ricevuto pure la sanzione dei tribunali; ammettiamo pure che per modificare la giurisprudenza stabilita sarebbe necessaria una convenzione internazionale, ma finchè ciò non si avveri, non possiamo sostenere che ciascuno Stato possa violare i principii della buona fede e della giustizia internazionale, solo perchè gli altri Stati li violano.

288. La nostra teoria à pure i suoi sostenitori, e oltre la valevole autorità del Pothier ci piace riferire quello che scrive il cancelliere Kent: « È certamente » materia di sorpresa e di rincrescimento che in paesi » civili come la Francia, l'Inghilterra, gli Stati Uniti » che si distinguono per l'esatta ed irreprensibile ammi» nistrazione della giustizia, il commercio di contrab» bando fatto col proposito di eludere le leggi e gli uffi» ciali di un governo straniero sia favorito e spesso » incoraggiato dai tribunali. *The principle does no cre» dit to the commercial jurisprudence of the age.* »[1]

[1] Il principio non accredita la giurisprudenza commerciale dei nostri tempi. Kent, *Comm.*, lect. 48.

M. Chitty [1] critica con molte ragioni le decisioni dei tribunali inglesi che sanzionano i contratti fatti in Inghilterra per commettere il contrabbando all'estero. Non si può, dice egli, incoraggiare il contrabbando all'estero senza eccitare gli stranieri a fare altrettanto presso noi con offesa delle nostre leggi. Chi commercia in un paese deve conformarsi alle leggi di quel paese; il contrabbando è quindi contro la buona fede, e i contratti fatti per favorire e proteggere tale commercio illecito sono illegali e non possono far sorgere alcuna obbligazione giuridica. La protezione che la nostra legge accorda a tali trasgressioni può giustificarsi colla necessità: ma quale necessità? Può essere vero che il principio di diritto sia stato accettato per vedute di rappresaglia stante l'illiberale condotta degli altri Stati, e sostenuto per una politica accorta. Ma spesse volte la politica accorta di un grande Stato è una politica meschina. In ultima analisi la miglior politica fra gli Stati, come fra gl'individui, deve essere fondata sulla condotta onesta ed onorevole. Il sistema è quindi in opposizione diretta col principio di diritto chiaramente sentito tra uomo ed uomo, e quello che trattiene gli Stati di Europa dall'abolirlo è la considerazione della perdita e del guadagno che ne deriva.

Dopo tutto ciò conchiudiamo che i contratti fatti per eseguire il contrabbando all'estero non debbono dall'autorità giudiziaria esser dichiarati efficaci.

289. Il già detto ci sembra sufficiente per determinare in generale quali contratti fatti all'estero possano essere pienamente efficaci mediante un'azione esercitata in via giudiziaria. Passando ora a discorrere della forza

[1] Chitty, *On commerce and manufact.*, t. I, p. 83, 84; Marshall, *Insurance*, t. I, 59 a 64 (2ª ediz.)

esecutiva dei contratti, questa per regola generale deve essere data sempre dal magistrato del luogo in cui si vuol rendere efficace il contratto, e deve essere domandata secondo le prescrizioni della legge che in quel luogo è in vigore, *quoad ordinatoria litis*, benchè *quoad decisoria litis* si debba applicare la legge che regola il contratto stesso, secondo i principii esposti nei capitoli antecedenti.

La prima parte della regola stabilita deriva dal principio generale che il diritto di dichiarare esecutorii i contratti e gli atti obbligatorii di qualunque natura spetta esclusivamente al potere esecutivo a cui è delegato dal capo dello Stato che solo à giurisdizione nel proprio territorio. Quindi, quand'anche il contratto fosse di pieno diritto esecutorio secondo la legge del luogo in cui fu stipulato, non avrà l'esecuzione parata in territorio straniero la quale deriva dalla pubblica autorità, che sola può attribuire a certi atti autentici la forza esecutiva nei limiti del territorio ad essa soggetto. Tale dottrina, accettata generalmente,[1] si fonda sulla distinzione tra la piena efficacia dell'atto e la sua forza esecutiva. *An instrumentum habeat executionem, et quo modo debeat exequi, attenditur locus ubi agitur vel fit executio. Ratio, quia virtus instrumenti concernit meritum, sed virtus executoria et modus exequendi concernit processum.*[2]

*290. Non è questo il luogo per discutere le questioni relative all'esecuzione dei contratti fatti all'estero sotto il rispetto della procedura e della competenza dei giudizii; vogliamo solo notare che secondo la legge no-

[1] Burgundus, *Tract.* 5; Evherard, *Cons.* 78; Christinæus, vol. I, Dec. 283; Rocco, parte 3ª, cap. 12; Pardessus, n° 1487; Foelix, n° 226, 230; Story, § 568 e seg.

[2] Molineus, t. 3, *Com. ad cod.*, L. 1, tit. 1, l. 1.

stra la forza esecutiva degli atti autentici ricevuti in paese straniero è data dal tribunale civile del luogo in cui l'atto vuole eseguirsi (*art. 944, Cod. Proc. Civ.*) previo un giudizio di delibazione il quale deve limitarsi: 1° all'esame dell'autenticità dell'atto da valutarsi a norma della legge del luogo in cui l'atto fu stipulato; 2° all'accertamento che l'atto sia stato veramente stipulato nel luogo alla cui legge si vuol riferire; 3° all'esame della convenzione la quale non deve contenere alcuna cosa contraria all'ordine pubblico e al diritto qubblico interno del regno.

Presso alcuni Stati la forza esecutiva degli atti è regolata dai trattati e dalle leggi.[1] Tutti però ammettono che l'atto autentico stipulato in territorio straniero può far fede in giustizia fino all'iscrizione di falso.[2]

291.** Circa alla seconda parte della regola stabilita, ci limiteremo ad osservare che le azioni spettanti al creditore per costringere il debitore all'adempimento, e le eccezioni colle quali questi può respingere la domanda, devono essere valutate secondo la legge che regola l'obbligazione stessa non secondo quella del luogo in cui si vuol rendere esecutorio il contratto. S'intende bene che vogliamo parlare delle azioni relative al fondo del diritto e delle eccezioni perentorie, e che il principio non si può applicare, nè alle azioni che derivano da fatti nuovi ed accidentali, ***ex post facto, nè alle eccezioni dilatorie, le quali sono fondate su semplici prescrizioni di procedura e che sono regolate dalla legge del luogo in cui si esercita l'azione.

[1] Foelix, *Droit privé intern.*, n° 472 e seg

[2] Pothier, *Introd.* au tit. 20; *Cout. d'Orléans*, cap. 1, n° 9; *Nouveau Dénizart*, v. *Donation entre-vifs*, § 11, n° 10 (t. VII, p. 57); Merlin, *Quest. de droit*, v. *Acte authentique*, § 2, c. 2; Id., *Répert.*, v. *Conventions matrimoniales*, § 1, causa Spiess.

Alcuni scrittori[1] ànno considerato le azioni e le eccezioni di qualunque natura come istituzioni di procedura, ed ànno voluto farle dipendere dalla legge del luogo in cui l'azione è esercitata. Ma tale dottrina, come ben riflette il Savigny, dev'essere interamente rigettata.[2] Il valore dell'obbligazione giuridica consiste nel diritto che à il creditore a costringere il debitore all'adempimento. L'esistenza quindi e la natura dell'azione è strettamente legata col *vinculum juris* e sempreché si tratti del fondo del diritto, non la si può far dipendere, fuorchè dalla legge che regola l'obbligazione stessa. L'eccezione perentoria poi serve sempre a determinare fino a qual punto la validità dell'obbligazione sia incompleta. Non si può dunque senza inconseguenza dire che la validità intrinseca dell'obbligazione debba dipendere da una legge, e l'ammissibilità di un'eccezione perentoria da un'altra legge.

292. Applicando questi principii si deduce che, per decidere in materia di vendita se il compratore abbia l'azione di garanzia contro il venditore in caso di evizione, si deve applicare la *lex loci contractus*, non quella del luogo in cui si trova la cosa, o quella del luogo destinato per il pagamento, o quella del domicilio del venditore. La ragione è che, quantunque l'azione di garanzia sia personale e debba essere retta, quanto alla forma, dalla legge del domicilio del venditore, benchè possa essere esercitata solo quando l'evizione possa dirsi verificata secondo la *lex rei sitæ*, pure in quanto al fondo deriva dalla legge sotto cui le parti si obbligarono, e forma parte integrante dell'obbligazione del venditore.[3]

[1] Foelix, *Droit privé international*, n° 100.
[2] Savigny, op. cit., vol. VIII, § 374.
[3] Mascardus, *Concl.* 7, n° 75; Rocco, parte 3ª, cap. 8; Massé, *Droit comm.* n° 638.

Per la stessa ragione l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, l'*exceptio excussionis*, l'*exceptio doli* e simili devono essere apprezzate secondo la legge sotto cui ebbe origine l'obbligazione.

293. Circa poi alle azioni di rescissione, rivocazione, riduzione e annullamento di un'obbligazione, osserviamo che se sono fondate su di un vizio intrinseco al contratto, sono regolate dalla stessa legge sotto cui le parti si obbligarono; se poi dipendono da una causa estrinseca e posteriore alla stipulazione, o dall'incapacità dei contraenti, devono valutarsi secondo la legge del luogo in cui si verificò il fatto, o a cui è soggetta la persona.

La ragione di questa dottrina, accettata dal Rocco, dal Foelix, dal Voet, dal Merlin e da altri,[1] è fondata sulla considerazione che l'azione in rescissione è un effetto immediato dell'obbligazione stessa perchè, secondo il Merlin, le parti si sono tacitamente riservate la facoltà di rescindere la convenzione qualora si fosse verificata una delle cause determinate dalla legge sotto cui si obbligarono. « Se in un luogo, dice il Rocco, si fa una » donazione condizionata, per decidere se l'inadempi» mento trae seco la nullità o la rescissione della dona» zione, si deve applicare la legge sotto cui la dona» zione è fatta, non quella del luogo in cui esiste la » cosa donata o in cui si dovea verificare la condizione.

294. Questo principio devesi anche applicare all'azione redibitoria per i difetti occulti della cosa venduta e alla rescissione per causa di lesione in favore del compratore o del venditore. Il Massè[2] opina che

[1] Foelix, *Droit privé intern.*, nº 444; Rocco, parte 5ª, cap. 10; Voet, *De stat.*, sect. 9, cap. 2, nº 20; Meier, § 46; Merlin, *Effet rétroactif*, sect. 5; Chabot, quest. transit., *Rescission*, nº 7.
[2] Massé, *Droit comm.*, nº 641.

quando l'azione di rescissione abbia per oggetto un immobile, debba essere retta dalla legge reale, ossia da quella del luogo in cui la cosa è situata, e che secondo questa debba decidersi la questione se la vendita di un immobile possa essere attaccata per lesione. Questa è pure l'opinione del Foelix il quale sembra esser caduto in una contradizione. Egli infatti ammette che se la legge del contratto concede al compratore il diritto di rescindere la vendita per lesione, la sua azione debba valere in Francia nonostante l'*art. 1683* del Codice Napoleone[1] (che è conforme all'*art. 1536* del Codice italiano). Mentre poi altrove dice che si deve applicare la *lex rei sitæ* per decidere se la vendita di un immobile possa essere annullata per lesione.[2] Più fondata è l'opinione del Rocco, secondo la quale per valutare la lesione e determinare il valore effettivo di essa si deve applicare la legge del luogo in cui la cosa è situata, ma per decidere se l'azione per lesione spetti al compratore e al venditore o ad uno di essi solamente, e se la lesione debba essere oltre la metà o oltre i due terzi per rescindere la vendita, si deve applicare la *lex loci contractus*, perchè le parti si sottomettono tacitamente per la rescissione alla stessa legge da cui dipende la validità della convenzione.

*295. Sono discordi i giuristi nel determinare la legge che deve regolare la prescrizione delle azioni.

Il Pothier[3] opina che essa debba essere retta dalla legge del domicilio del creditore. « Le rendite e le cose » mobili che non ànno situazione, dice egli, sono rette » dalla legge del domicilio del proprietario, il quale

[1] Foelix, *Droit privé intern.*, n° 111.
[2] Id., ib., n° 93, e cita due sentenze della Suprema Corte di Appello di Assia, sedente a Dramstadt, del 19 marzo 1819 e 1820.
[3] Pothier, *Prescription*, n° 251.

» non ne può essere spogliato che secondo la legge cui
» è sottomesso. È dunque la legge del domicilio dello
» stesso che deve regolare la prescrizione. » Questo ragionamento è poco fondato perchè suppone che il creditore sia proprietario, mentre l'oggetto della disputa è, se quegli che non à domandato il pagamento prima che scada il termine per prescrivere, debba considerarsi ancora come creditore, o se invece si debba supporre che egli abbia rinunciato al suo diritto e che il debitore abbia acquistato un diritto contrario.

Coloro che considerano la prescrizione liberatoria come un'eccezione e un beneficio personale, opinano che debba essere retta dalla legge del domicilio del debitore.[1] « Quando la legge, dice il Merlin,[2] dichiara pre-
» scritto un debito, non annienta il diritto del creditore,
» ma oppone una barriera alla sua azione; è quindi
» evidente che essa non dev'esser retta dalla legge del
» domicilio del creditore, ma da quella del domicilio
» del debitore. » Ma neppure questa opinione ci sembra ben fondata. È infatti evidente che la prescrizione è un *modus tollendi obligationem* favorevole al debitore, ma non è del pari evidente che debba esser retta dalla legge del domicilio del debitore. Anzi osserviamo che quantunque secondo i principii dell'equità vi debba essere un termine oltre il quale non sia permesso al creditore che abbandonò il suo credito di esercitare l'azione, pure questo termine dev'esser certo e determinato e non mutabile ad arbitrio e volontà di una delle parti con pregiudizio dell'altra. Accettando l'opinione del Merlin che è conforme a quella del Voet, del Dunod e

[1] Voet, *Com. ad Pand.*, *De rer. div.*, nº 12; *De in integ. rest.*, nº 29; Burgundus, *Ad consuet. Flandriæ*, tract. 2, nº 25; Troplong, *Pre cr.* nº 38.

[2] Merlin, *Répert.*, *Prescription*, sect. 1, § 5, nº 7; *Question de droit*, § 15.

di altri, ne segue che il debitore trasferendo il domicilio può abbreviare il tempo per la prescrizione.[1]

Il Pardessus[2] per evitare questo inconveniente dice che si deve tener conto della legge del domicilio del debitore al momento in cui questi si obbligò: ma se la prescrizione si dovesse considerare veramente come un beneficio del debitore, sembrerebbe ragionevole, come dice il Merlin, che il debitore avesse a goderne anche nel nuovo domicilio, e che il creditore dovesse imputare a se stesso se non agì entro il tempo stabilito dalla legge del nuovo domicilio. Del resto non accettiamo nè l'una nè l'altra opinione.

Per le stesse ragioni non possiamo dividere l'opinione di quelli che la vorrebbero far dipendere dalla *lex fori.*[3] Questa opinione sostenuta dall'Huber, dal Boullenois e dalla giurisprudenza dell' Inghilterra e dell'America Settentrionale è giustificata con diversi argomenti. Huber dice: *Ratio hæc est quod præscriptio et executio non pertinet ad valorem contractus sed ad tempus et modum actionis instituendæ, quæ per se quasi contractum separatumque negotium constituit.*[4] Altri la considerano come un'eccezione che appartiene ad *ordinem judicii,*[5] altri come un *beneficium fori* e si appoggiano alla ragione che la legge locale vieta al giudice di tutelare un diritto quando sia decorso il termine per farlo valere.[6] Senza allungarci in digressioni osserviamo

[1] Voet, *De in integ. rest.*, nº 29; Dunod, *Prescription*, parte 1ª, sp. 11.

[2] *Droit comm.*, nº 1495.

[3] Boullenois, t. I, pag. 530; Tittman, *De competentia legum externarum*, § 14; Story, § 577.

[4] Huber, *De conflictu legum*, nº 7; Casaregis, *Discursus leg.*, 130, nº 25; Everardus, *Cons.* 78; P. Voet, *De stat.*, § 10, cap. 1, nº 1.

[5] Meier, § 48.

[6] Tittman, loc. cit.

che la *lex fori* non è ordinariamente diversa dalla *lex domicilii* del debitore, e che non essendo in facoltà del creditore di scegliere il luogo in cui può esercitare l'azione, sarebbe esposto all'arbitrio del suo debitore.

296. La sola opinione ragionevole che accettiamo è che la prescrizione liberatoria delle azioni, che derivano da un' obbligazione, debba essere retta dalla stessa legge che regola l'obbligazione. Infatti se l'obbligazione giuridica vale tanto quanto il diritto del creditore a costringere il debitore alla prestazione, la durata dell' azione si collega colla forza dell' obbligazione, e dev'essere retta dalla stessa legge che il *vinculum juris*. Quando due persone si obbligano, tacitamente acconsentono che il termine entro cui l' una può agire contro l'altra per costringerla all'adempimento, debba dipendere dalla legge stessa sotto cui nasce l' azione. « Quando, » dice il Demangeat, io contratto in Inghilterra con un » inglese ove suppongo che le azioni si prescrivano » in 20 anni, non è lo stesso che se avessi detto al de- » bitore che dovrò agire contro lui entro i 20 anni? »[1]

Questa, che è pure l'opinione del Savigny,[2] merita la preferenza su tutte le altre, e perchè è la più conforme ai principii, e per motivi di equità. Determinando infatti in un modo certo la legge della prescrizione, s'impedisce tutto ciò che una delle parti potrebbe fare a pregiudizio dell' altra. Quando vi sono più giurisdizioni competenti, l'attore non può scegliere per intentare l'azione il luogo in cui la prescrizione è più lunga, e il convenuto non può trasferire il domicilio in un luogo in cui la prescrizione è più breve per trarne vantaggio.

[1] Demangeat, *Condit. des étrang.*, p. 358. Vedi l'Appendice, p. 598.
[2] Savigny, *Droit romain*, vol. VIII, p. 271.

CAPITOLO V.

Estinzione delle obbligazioni.

297. Il fatto giuridico col quale si estingue direttamente e completamente l'obbligazione è l'esatta prestazione della cosa dovuta. *Solutio est præstatio ejus quod in obligatione est.* L'estinzione può dipendere altresì da un fatto qualunque che liberi il debitore, o annientando *ipso jure* il diritto del creditore, o facendo nascere un diritto contrario da parte del debitore *ope exceptionis.* In diritto romano la parola *solutio* è adoperata anche in questo significato: *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam.*

Il pagamento, la rinuncia volontaria del credito, la novazione, il mutuo dissenso, la confusione, devono annoverarsi tra le cause che estinguono tanto l'elemento civile quanto l'elemento naturale dell'obbligazione in confronto di qualunque persona che vi può avere interesse. La remissione forzata del debito, la compensazione, la nullità o la rescissione pronunziata dal magistrato,

la prescrizione, estinguono sempre l'elemento civile dell'obbligazione, ma non sempre l'elemento naturale. Noi parleremo solamente di quei modi di estinzione che possono far nascere conflitti di legislazione.

*298. In generale la *solutio* considerata come modo di estinguere l'obbligazione, è regolata dalla legge del luogo destinato per l'adempimento dell'obbligazione medesima. Quindi tutte le questioni circa al modo con cui dev'esser fatto il pagamento; circa alla qualità delle cose che possono essere pagate; circa alle persone alle quali il pagamento può farsi, affinchè il debitore si possa dire valevolmente liberato; agli effetti del pagamento con surrogazione; ai casi nei quali il debitore può essere autorizzato a liberarsi mediante deposito preceduto da offerta reale; alla forma di tali atti, devono essere regolate dalla *lex loci solutionis*.

299. Quando il debitore è tenuto a pagare una somma di denaro, il pagamento dev'esser fatto in specie metalliche di oro e di argento aventi corso nel luogo e nel tempo in cui il pagamento è effettuato, e ciò secondo il valore nominale di siffatte specie a quel momento. È questo un principio che serve per distinguere nei cambii e nelle contrattazioni due fatti e due termini separati; la fissazione del prezzo cioè, che è lasciata nella libertà dei contraenti, e il pagamento del prezzo convenuto, il quale cade sotto l'impero della legge del luogo in cui deve effettuarsi. È la legge che fissa il corso legale della moneta, come valore legalmente riconosciuto nel cambio di tutti gli altri prodotti e di tutti gli altri valori. Quindi se tra la creazione dell'obbligazione e il tempo del pagamento il valore della moneta avesse subìto variazioni, il debitore dovrebbe sempre, malgrado il ribasso, pagare la somma numerica dovuta secondo l'obbligazione e sarebbe liberato col pagamento di tale

somma numerica quando il valore fosse aumentato. Questa regola che è fondata su motivi d'interesse pubblico, non può essere violata con convenzioni in contrario.

Questo principio non vale quando sia stato espressamente pattuito che il pagamento debba farsi in una determinata specie e quantità di moneta d'oro e d'argento, o che la restituzione debba essere fatta nella specie e quantità delle monete di oro o di argento somministrate, o che debba farsi in moneta straniera. In questi casi quando il valore intrinseco delle monete venisse alterato, o quando fossero messe fuori di corso, o non fosse possibile ritrovarle nel luogo in cui deve effettuarsi il pagamento, il debitore può pagare colle monete aventi corso legale, ma è tenuto a rendere l'equivalente del valore intrinseco che le monete avevano nel tempo in cui furono mutuate, o l'equivalente al valore di cambio, se la specie fu dinotata con una moneta straniera.[1]

300. Qualora, nell'intervallo tra il giorno dell'obbligazione e quello del pagamento, alla moneta metallica fosse stata sostituita la carta-moneta, o fosse stato dichiarato obbligatorio il corso dei biglietti di banca, può sorgere la questione se il debitore possa considerarsi validamente liberato pagando colla moneta che à corso forzato nel luogo in cui deve effettuare il pagamento. Il Pardessus opina che quando il creditore e il debitore sono stranieri, o quando il debitore è cittadino e il creditore straniero, non si deve tener conto della denominazione legale all'epoca del pagamento, ma del valore intrinseco della moneta all'epoca della convenzione. « Quando, dice egli, Pietro spagnuolo à promesso di » pagare a Paolo francese 500 piastre, Paolo à inteso

[1] Vedi Zaccaria, § 318; Massé, *Droit comm.*, nº 610 e seg.; Merlin, Quest. *Payement;* Toullier, t. VII, 54; Dalloz, *Jur. génér.*, *Obligations.*

» ricevere una quantità di pezzi metallici contenente
» una data quantità d'argento e di lega, e il suo calcolo
» si è fissato naturalmente sulla moneta che esisteva
» nel giorno della convenzione. Egli non può esser te-
» nuto a prestar fede al governo spagnuolo e a credere
» che per un ordine del governo una carta stampata
» su cui è scritto *Buono per 500 piastre*, lo valga real-
» mente. »[1] Questa è pure l'opinione del Massè.[2] Entrambi però opinano che il francese non può agire contro il suo debitore nella Spagna, e che i tribunali non lo possono condannare a pagare in moneta diversa, ma sostengono che il francese può citare il suo debitore in Francia e farlo condannare a pagare in moneta francese una somma eguale al valore della materia che contenevano le 500 piastre all'epoca del contratto.

Non possiamo accettare tale opinione perchè contradice un principio incontrovertibile che tutto ciò che si riferisce al *modus solutionis* dev'essere regolato dalla legge del luogo in cui il pagamento deve essere fatto. Alla libertà dei contraenti infatti è lasciata la determinazione dei valori, e la tissazione del prezzo, ma il *modus solutionis* dei crediti già prima estimati, e dei prezzi già prima fissati è assoggettato alla legge del luogo del pagamento. Quindi se per ragioni d'interesse pubblico la legge disponesse che i biglietti di banca siano dati e ricevuti nei pagamenti, come denaro contante, pel loro valore nominale, nonostante qualunque disposizione di legge o patto in contrario, il creditore non potrebbe ricusare tali biglietti o rinvilirne il prezzo. Nè vale il dire che egli è straniero, imperocchè osserviamo che egli è soggetto alla legge del luogo in cui deve esigere per tutto ciò che si riferisce al *modus solutionis*,

[1] Pardessus, *Droit comm.*, n° 1495 bis.
[2] Massé, *Droit comm.*, n° 611.

e che non può derogare alle disposizioni di quella legge che regola il pagamento dei crediti già prima estimati e dei prezzi prima fissati.

È vero che questa soluzione lede in certo modo gl' interessi del creditore, il quale nel fatto riceve meno di quello che aveva contato di ricevere, ma ciò non si può imputare al debitore, ma si deve considerare come una delle tante eventualità che fanno perdere al commerciante una parte dei lucri che avea sperato realizzare. In ogni modo se lo stesso Pardessus riconosce che il creditore non può citare il debitore e farlo condannare dai tribunali del paese in cui deve esigere il pagamento, non possiamo ammettere che possa farlo citare e condannare dai tribunali della sua patria. Se il debitore dopo il rifiuto à fatto l' offerta reale e il deposito con tutte le formalità richieste dalla legge del luogo del pagamento, e tali offerte sieno state giudicate valide e sufficienti a liberarlo, come equivalenti rispetto a lui al pagamento, non sappiamo a qual titolo il magistrato del domicilio del creditore possa costringere il debitore a pagare diversamente, mentre tutti gli scrittori si accordano nel sostenere che il *modus solutionis* dev' essere regolato esclusivamente dalla legge del paese in cui il pagamento deve effettuarsi. *Æstimatio rei debitæ*, dice Everardo, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio seu liberatio: non obstante quod contractus alibi sit celebratus. Ut videlicet inspiciatur valor monetæ qui est in loco destinatæ solutionis.*[1]

301. Circa il pagamento fatto con surrogazione sti-

[1] Everhard, *Consil.* 78, nº 9. Confr. Toullier, t. VI, nº 587; Troplong, *Du prêt.*, nº 245; P. Voet, *De statut.*, § 9, 12, 15; Vinnius, *Ad instit.*, lib. III, tit. 15, *De mutuo comm.*, nº 12; Bertolus, in leg. *Paulus*, 101, *De solutionibus*; Baldus, in leg. *Res in dotem*, 24, *De jur. dot.*; Castro, lib. III, *De rebus creditis*; Boerius, Decis. 527.

miamo opportuno il notare che in qualunque luogo essa fosse consentita o dal creditore senza l'intervento del debitore, o da questo senza l'assenso del creditore, i suoi effetti sono retti sempre dalla legge che regolava *ab initio* l'obbligazione primitiva e la sua esecuzione: la ragione è che il pagamento con surrogazione non importa novazione. Essa infatti consiste in una finzione giuridica ammessa o stabilita dalla legge, in virtù della quale si ritiene che un'obbligazione estinta per mezzo del pagamento effettuato da un terzo, o dal debitore coi denari di un terzo, continui a sussistere a vantaggio del terzo che è autorizzato ad esercitare i diritti e le azioni dell'antico creditore. Per finzione giuridica dunque l'antico e il nuovo creditore formano una sola persona, e quindi i diritti o le azioni che egli può esercitare devono determinarsi secondo la legge che regolava *ab initio* l'obbligazione primitiva e la sua esecuzione.

Questo principio deve applicarsi anche quando la surrogazione sia stata consentita da un creditore straniero, e il creditore surrogato sia dello stesso paese del debitore, il surrogato eserciterà tutti i diritti dell'antico creditore i quali dovranno sempre determinarsi secondo la legge che regolava l'obbligazione del suo concittadino a vantaggio dello straniero.

302. Vogliamo notare però che affinchè la surrogazione possa essere giudiziariamente efficace dev'essere conforme alla legge del luogo in cui la si vuol far valere, secondo dicemmo nel capitolo antecedente, e perciò la surrogazione benchè avvenuta in un paese straniero non può essere opponibile ai terzi in Italia, se fosse fatta in uno scritto distinto dalla quietanza, benchè i due atti portassero la stessa data. Qualunque fosse la legge del luogo in cui seguì la surrogazione si opporrebbe alla sua efficacia in Italia la disposizione contenuta nell'arti-

colo 1252: nè si potrebbe applicare il principio *locus regit actum* perchè la surrogazione fatta con atto distinto dalla quietanza equivarrebbe a una contro-dichiarazione, e l'*art. 1319* del Codice civile dispone: « Le contro» dichiarazioni fatte per privata scrittura non possono » avere effetto che fra le parti contraenti ed i loro » successori a titolo universale. » Questa disposizione è assoluta, generale e proibitiva e mira a tutelare gl'interessi dei terzi non quello soltanto dei contraenti.

303. Circa la surrogazione legale notiamo che essa à luogo di pieno diritto in virtù della legge sotto cui si verifica il fatto in forza del quale essa è concessa, e dev'essere riconosciuta dovunque, perchè, quantunque derivi dalla legge, essa non è una concessione, ma un diritto della parte garantito e riconosciuto dalla legge civile. Tale, per esempio, è la surrogazione che deriva di pieno diritto dal pagamento per intervento di una lettera di cambio, e la surrogazione successiva dei giratari nei diritti dei giranti contro i coobbligati che li precedono.

In materia commerciale può elevarsi un dubbio importante circa la surrogazione del commissionario che compra la merce per conto del committente e la paga di sua moneta. Non tutte le leggi ammettono la surrogazione di pieno diritto nel caso esposto: in Francia, ove la surrogazione è sanzionata dalla giurisprudenza, [1] i giuristi disputano se essa derivi dalla legge e dall'*art. 1251* del Codice Napoleone o dagli usi commerciali. [2] Se vi fosse qualche diversità fra la legge del paese del committente e quella del commissionario può sorgere la questione se nel caso del fallimento del primo,

[1] Cass. fr., 14 nov. 1810, Dev. 5, 1, 258; Rouen, 4 janv. 1825, Dev. 8, 2, 2.

[2] Delamarre et Lepoitvin, *Contr. de commission*, t. II, p. 715 e seg.

il commissionario abbia diritto di rivendicare le mercanzie vendute come l'avrebbe potuto fare il venditore. Senza occuparci di discutere se secondo questa o quella legge vi sia surrogazione, opiniamo che è sempre secondo la legge del commissionario che si deve decidere se la surrogazione derivi di pieno diritto, e nell'affermativa essa deve valere quand'anche fosse diversa la legge del committente perchè gli effetti del contratto di commissione e i diritti del commissionario dipendono sempre dalla legge del luogo in cui la commissione fu eseguita.[1]

304. La rinuncia in generale mediante la quale il creditore abbandona un debito che gli appartiene, e la remissione del debito in particolare sono tra i modi coi quali si può estinguere un'obbligazione. Per fare o accettare una rinuncia, la persona dev' essere capace a dare o ricevere a titolo gratuito, e ciò deve determinarsi secondo la legge cui la persona è soggetta. Gli effetti della remissione volontaria rispetto ai condebitori solidali e fidejussori sono regolati dalla legge cui è sottoposta l' obbligazione principale. Così, per esempio, la remissione volontaria consentita dal portatore di una lettera di cambio non modifica punto l' obbligazione solidale dei giranti e le loro azioni che sono sempre regolate dalla legge del paese in cui fu creata la cambiale, e quindi se il girante fosse poi costretto a pagare egli pel traente, può, nonostante la remissione, agire contro lui in conformità della legge che regolava *ab initio* la obbligazione solidale.[2] Gli atti poi sufficienti a provare la rinuncia o la remissione volontaria rispetto al debitore devono valutarsi secondo la legge del luogo in cui era destinato il pagamento.

[1] Vedi cap. 1, nº 248.

[2] Confr. Pothier, *Contr. de change*, nº 182; Delvincourt, *Droit comm.* t. II, p. 170; Pardessus, nº 314; Nouguier, t. I, p. 354.

305. La remissione forzata può aver luogo per le obbligazioni commerciali, e in certi casi speciali che meritano particolare considerazione. Il commerciante fallito che ottiene un concordato dai suoi creditori, è liberato rispetto ad essi fino alla concorrenza delle somme a lui rimesse ed è tenuto per le somme ridotte. Il concordato validamente omologato è un titolo opponibile dovunque ai creditori che lo firmarono e a qualunque persona interessata. Secondo certe leggi, come, per esempio, la legge nostra, *art. 628*, e la francese, *art. 516* del Codice commerciale, il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori portati o non portati nel bilancio, sieno o non sieno verificati i loro crediti, e anche per i creditori residenti all'estero. Questa remissione forzata che deriva da una disposizione della legge per quelli che non fecero verificare i loro crediti e che perdettero il diritto di fare opposizione, vale certamente in tutto il territorio su cui impera la legge da cui deriva, e quindi il concordato omologato dal tribunale italiano è un titolo opponibile in Italia contro tutti i creditori sì cittadini che stranieri che fecero o non fecero verificare i loro crediti. Può elevarsi il dubbio se esso sia opponibile egualmente innanzi ai tribunali stranieri contro i creditori stranieri.

306. Il Massé sostiene la negativa e si fonda sulle seguenti ragioni. Il concordato è un modo particolare di liberazione stabilito dalla legge civile, e non può essere opposto che fra quelli che per la loro nazionalità sono soggetti alla stessa legge. Esso suppone che il creditore abbandoni una parte del suo credito, e se egli non acconsente ad abbandonarlo, la legge v'acconsente per lui. Bisogna dunque, affinchè il presunto consenso possa essere opposto, che la legge in virtù della quale nasce la presunzione obblighi il creditore, o che egli in un modo

qualunque sia ad essa soggetto. Certamente un creditore straniero, che non abbia aderito al concordato non può ottenere in Francia diritti maggiori che i creditori francesi, perchè non si possono ammettere in Francia due ordini di creditori e favorire gli stranieri più dei cittadini. Ma se egli cita innanzi al tribunale straniero il suo debitore, questi non può utilmente opporgli il concordato a cui egli non à aderito. Nello stesso modo uno straniero che à dichiarato il fallimento nel suo paese e che vi à ottenuto un concordato, non può prevalersene in Francia per respingere l'azione che contro lui esercita un creditore francese.[1]

Tale dottrina è stata sanzionata in Francia dal tribunale e dalla Corte Reale di Parigi,[2] i quali decisero che un concordato fatto all'estero e omologato dal tribunale straniero non poteva essere opposto in Francia contro un creditore francese che non vi aveva aderito. Essa però è contradetta in parte dal Lainné[3] e dal Rocco,[4] i quali opinano che quando il concordato sia dichiarato esecutorio dal magistrato del paese del creditore, può essere opposto contro lui benchè sia stato fatto ed omologato da un tribunale straniero.

*307. L'opinione del Massé non ci sembra accettabile. Primieramente non ammettiamo che la legge del debitore non obblighi il creditore benchè straniero. È vero infatti che ciascun creditore può domandare la prestazione dovunque trova una giurisdizione a cui sia sottomesso il debitore, e che può accadere che il luogo in cui l'obbligazione doveva essere eseguita sia diverso da

[1] Massé, *Droit comm.*, n° 615.

[2] Paris, 25 fév. 1825 (Pedemonte) Pasicr. fran.

[3] Lainné, *Comm. analyt. sur la loi du 8 juin 1838*, p. 254, sull'art. 516.

[4] Rocco, parte 3a, cap. 53, p. 579 (ediz. di Livorno).

quello in cui il fallimento è dichiarato: nonostante ciò, come più largamente dimostreremo a suo luogo, in caso di fallimento la giurisdizione personale deve prevalere sulla giurisdizione speciale dell'obbligazione, e se lo straniero è un creditore chirografario non può esigere il suo credito nè esercitare la sua azione personale che al domicilio del fallito.[1] Avendo dimostrato che tutto ciò che si riferisce al pagamento dev'essere regolato dalla legge del luogo in cui il credito è esigibile, e che secondo la stessa legge si deve determinare se certi atti equivalgano a rinuncia o a remissione totale o parziale, conchiudiamo che quando la legge del domicilio del fallito dispone che i creditori, i quali non ànno fatto verificare entro un certo tempo i loro crediti, si considerano come se avessero tacitamente acconsentito al concordato accettato dalla maggioranza, tale disposizione obbliga anche i creditori stranieri i quali sono sottoposti alla legge del luogo in cui devono e possono esigere.

Oltre a ciò, come diremo in seguito, è nell'interesse reciproco degli Stati e del commercio, per sua natura cosmopolita, di ammettere l'unità e l'universalità del giudizio di fallimento, perchè la procedura relativa come azione personale non può essere istruita che dal magistrato del domicilio del fallito, e perciò opiniamo che il concordato omologato dal tribunale del fallimento possa essere opposto contro i creditori stranieri, sì innanzi ai tribunali del paese in cui il fallimento fu dichiarato, sì innanzi ai tribunali stranieri.[2]

Circa poi a quello che dicono il Rocco ed il Lainné, secondo i quali è necessario che il concordato, cui il tribunale del fallito concesse l'omologazione, sia dichiarato esecutorio dal magistrato del creditore straniero

[1] Confr. il capitolo 10 seguente: *Del fallimento*.
[2] Ibidem.

perchè a questa possa essere opposto,[1] osserviamo che l'omologazione in verità non si può equiparare ad una sentenza emanata da un tribunale straniero, ma che è piuttosto un atto di tutela nell'interesse dei creditori che acconsentirono al concordato o espressamente, o tacitamente e per presunzione, che è necessaria per elevare una convenzione privata all'altezza di un atto pubblico e vale per rendere efficace la convenzione contro i consenzienti. Il Massé dice che quando il fallimento sia dichiarato in paese straniero, ed il fallito abbia colà ottenuto un concordato omologato, non è necessario farlo dichiarare esecutorio dal magistrato francese per poterlo opporre in Francia contro i creditori francesi che lo firmarono. *Il me paraît hors de doute que ce jugement n'a pas besoin d'être rendu exécutoire en France. Le concordat est un traité volontaire entre le failli et ses créanciers, et qui par lui-même est obligatoire pour tous ceux qui y ont pris part.*[2] Dal che argomentiamo che nella stessa guisa che il concordato sarebbe opponibile contro quelli che ànno effettivamente aderito senza che sia necessario farlo dichiarare esecutorio dal magistrato del paese del debitore, dev'essere opponibile ancora contro quelli che non aderirono espressamente, ma che per presunzione della legge si considerano come se avessero aderito. Ammessa la prima parte del nostro ragionamento non si può escludere la seconda, e perciò conchiudiamo che il concordato omologato dovrebbe essere opponibile dovunque in conformità di quello che dispone la legge sotto cui il giudizio di fallimento fu compiuto.

308. I principii esposti circa la remissione forzata di una parte del debito che può aver luogo per le obbli-

[1] Loc. cit., p. 579; Rocco, parte 2a, cap. 33.
[2] Massé, op. cit., n° 811.

gazioni commerciali, non sono applicabili a certi modi speciali coi quali un debitore non commerciante che non può pagare i suoi debiti, può liberarsi dalle azioni dei suoi creditori contro di lui. Secondo il diritto romano, per esempio, alcune persone godono il privilegio di non essere costrette all'adempimento di un'obbligazione se non in quanto possono soddisfarvi senza rimanere prive del necessario al loro sostentamento.[1] Questo privilegio chiamato *beneficium competentiæ* può essere opposto da coloro che ne godono, anche dopo la sentenza.[2] Tra gli altri tale benefizio è concesso al debitore di buona fede che fa la cessione dei beni.[3]

Anche il Codice Napoleone ammette la cessione dei beni volontaria e giudiziaria, la quale consiste nell'abbandono che il debitore fa di tutti i suoi beni ai suoi creditori per liberarsi rispetto ad essi, o in virtù di un accordo, o coll'intervento dell'autorità giudiziaria quando essi rifiutano. Di questi due modi il secondo è vietato ai commercianti, ma vi corrisponde in gran parte un'istituzione ammessa dalla legge del 17 luglio 1856 e dinotata col nome di *concordat par abandon.*[4] Nella Scozia la *cessio bonorum* è ammessa in favore dei commercianti condannati al carcere, o imprigionati per debiti, i quali possono ottenere un decreto per essere liberati dall'arresto colla *cessio bonorum*, e l'autorità a ciò competente è lo *sceriffo* della contrada.[5]

Queste e simili istituzioni accettate da altre legisla-

[1] Dig., *De re judicata et de effectu sententiæ,* XLII, 1; *Inst.*, § 38, *De action.*, IV, 6, L. 28, 173, *De regulis juris* (L, 17).

[2] L. 72, *De reg. jur.*, L. 41, § 2, Dig., *De re judic.*

[3] Dig., *De cess. bonor.*, XLII, 3; Cod., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71, Nov. 135.

[4] Codice Napoleone, art. 1265–70; Massé, *Droit comm.*, n° 2186; Pardessus, *Droit comm.*, n° 1327.

[5] Leone Levi, *International comm. Law*, p. 1025.

zioni non ànno per effetto di estinguere l'obbligazione, ma di porre un ostacolo all'azione del creditore e limitare il suo diritto di esigere il pagamento. Secondo lo stesso diritto romano, su cui sono modellate le legislazioni moderne, la *cessio bonorum* non libera assolutamente il debitore, se non quando il creditore sia soddisfatto, essa vale però a liberare il debitore dall'arresto personale: *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem.*[1]

Essendo tali beneficii un favore concesso dal legislatore, non possono valere in paese straniero quando il *forum contractus* fosse diverso da quello del domicilio del debitore. Solamente quando la cessione dei beni sia volontariamente accettata dai creditori, deve essere efficace dovunque, ma se si tratta di cessione di beni giudiziaria, essa non può avere effetto in paese straniero, perchè nel fatto il debitore non è liberato. Quindi se egli è citato e condannato all'arresto personale in paese straniero, non può invocare il beneficio della legge del suo domicilio per esimersi dalla condanna.

309. La novazione consiste veramente nel sostituire una nuova obbligazione o un nuovo debito all'antico. *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex præcedenti causa ita nova constituitur ut prima perimatur.*[2] In qualunque modo si verifichi la novazione, poichè essa importa sempre la trasformazione contrattuale di un'obbligazione in un'altra, fa cessare *ipso jure* la prima obbligazione con ogni suo accessorio, ed è retta per i suoi effetti dalla legge sotto cui si verifica, non da

[1] L. 1, Cod., *Qui bonis cedere possunt*, VII, 71.
[2] L. 1, Dig., *De novationibus*, XLVI, 2.

quella che regolava l'obbligazione anteriore che servì di causa alla nuova obbligazione. Da ciò si deduce che quando il creditore che à consentito alla novazione à la capacità richiesta in materia di rinunzia, non può pretendere di esercitare le azioni e le eccezioni o le garanzie di qualunque natura cui aveva diritto secondo la legge primitiva dell'obbligazione, ma deve sottostare alle disposizioni della legge sotto cui consente alla novazione, perchè sotto tale legge diventa perfetta la nuova obbligazione.

310. Secondo la stessa legge sotto la quale si è verificato il fatto da cui si vuol far dipendere la novazione, si deve decidere se vi sia o no novazione, e se essa, che non si presume mai, possa, sopratutto in materia commerciale, derivare dai fatti e dagli atti intervenuti tra le parti, nonostante che manchino i termini sacramentali o equipollenti. Stante ciò, ed in specie nella materia commerciale, bisogna essere molto cauti a non operare novazioni per non perdere le garanzie che si avevano secondo la legge del luogo in cui le parti si obbligarono.

311. Nelle vendite commerciali, per esempio, accade frequentemente che la merce è venduta in un paese, ed il prezzo dev'essere pagato in paese diverso. Il venditore fino al pagamento del prezzo gode tutte le garanzie e tutti i privilegi che derivano o dalla convenzione o dalla legge sotto cui il contratto divenne perfetto. Ordinariamente il compratore dà al venditore cambiali per un valore eguale al prezzo stipulato, lo che nel linguaggio dei commercianti si dice *fare il regolamento*, e accade spessissimo che la vendita è fatta al domicilio del venditore, il regolamento a quello del compratore. Se tale negozio operasse novazione del credito primitivo, il compratore sarebbe obbligato in virtù delle lettere di cambio e non più dell' obbligazione primitiva, e quindi

il venditore non avrebbe più i diritti e le garanzie che derivano dalla vendita secondo la legge del contratto, ma solamente quelle che derivano dalle lettere di cambio, secondo la legge del luogo in cui furono sottoscritte.

Per decidere la questione se la creazione di questi nuovi titoli di obbligazione operi o no novazione, si deve applicare la legge del luogo in cui il regolamento è fatto. Generalmente quando il venditore non rilascia quietanza sotto la fattura, o rilascia una quietanza condizionata, ossia subordinata al pagamento effettivo dei valori da lui ricevuti in regolamento, non vi può esser dubbio che vi sia novazione, perchè l'obbligazione primitiva non è estinta, e le cambiali, secondo dice Casaregi, ***semper intelliguntur datæ pro solvendo et non pro soluto***, cioè che non costituiscono un pagamento attuale, ma assicurano un pagamento futuro, e perciò non liberano il debitore se non sotto condizione dell'incasso effettivo. Ma se il venditore sottoscrive al basso della fattura la quietanza pura e semplice, e dalla forma delle cambiali non risulta che esse si riferiscono alla vendita (come se, per esempio, fossero fatte per valore in conto), si potrebbe ragionevolmente sostenere che l'obbligazione del debitore debba essere regolata dalla legge del luogo in cui sottoscrisse le cambiali, perchè l'obbligazione primitiva è estinta, e il debitore è tenuto soltanto in virtù delle lettere di cambio sottoscritte.[1] È una gravissima questione che conviene meglio evitare, o firmando la quietanza subordinata al pagamento effettivo dei valori, o enunciando nelle cambiali che esse rappresentano il prezzo della vendita.

[1] Confr. Pardessus, nº 221; Delamarre et Lepoitvin, t. II, nº 376; Merlin, *Répert.*, voce *Novation;* Metz, 26 janv. 1851; Dev., 51, 2, 745; Rej. 4 avril 1811; Dalloz, 11, 1, 535..

Uno dei casi in cui indubitatamente alla legge primitiva del contratto succede quella del luogo in cui si opera la novazione, è quello della lettera di cambio tratta da un paese su di un altro pel pagamento della quale il portatore accetta la sostituzione del trattario al traente. Se il portatore della lettera di cambio accettata concede alla scadenza una proroga all'accettante, facendo sostituire una seconda accettazione alla prima senza il consenso del traente, tale sostituzione opera novazione, e gli effetti che ne derivano sono regolati dalla legge del luogo in cui la sostituzione fu consentita. Il traente e i giranti non sono più solidariamente obbligati col trattario secondo la legge del luogo in cui la cambiale fu tratta e girata, ma l'accettante assume sopra di sè soltanto l'obbligazione cui prima erano tenuti gli altri coobbligati, e la sua obbligazione è retta esclusivamente dalla legge del luogo in cui la sostituzione fu consentita.[1]

*312. L'obbligazione si può estinguere quando la prestazione che ne forma materia diventa fisicamente o legalmente impossibile. In questo caso si deve tener conto della legge del luogo in cui fu posta in essere l'obbligazione per decidere se essa si converta in un'obbligazione di danni o interessi, sia perchè l'ostacolo che si oppone all'adempimento è il risultato di una colpa imputabile al debitore, sia perchè esso è responsabile del caso fortuito o della forza maggiore per ragione di mora.

313. Pei conflitti che possono sorgere nei casi in cui l'obbligazione si estingue *ope exceptionis*, è necessario tener conto dei principii già esposti nel capitolo antecedente.

[1] Confr. Rej., 21 mars 1808 (Cabarrus) Sirey, 8, 1, 245. Pasicr.

CAPITOLO VI.

Della forma dei contratti.

314. Legge che deve regolare la forma degli atti. — 315. Fondamento giuridico del principio *locus regit actum*. — 316. Distinzione tra le forme essenziali e le necessarie. — 317. Legge che deve regolare la forma del contratto. — 318. Autenticità dell'atto. — 319. Il principio *locus regit actum* si applica eziandio ai contratti verbali. — 320. In quali casi sia lecito seguire le forme prescritte dalla legge della patria. — 321. Difficoltà che possono sorgere qualora sia stipulata una convenzione tra cittadini e stranieri. — 322. Contratti da cui deriva un diritto reale.

314. La validità di un contratto è sempre subordinata all'osservanza di certe formalità, ed è quindi necessario che l'atto valevole a costatare l'obbligazione delle parti sia redatto con certe forme determinate dalla legge.

Tutti gli scrittori ammettono che la forma estrinseca tanto degli atti giuridici che degli atti istrumentarii, cioè delle convenzioni, disposizioni, dichiarazioni, confessioni e scritture destinate a costatarle sia regolata dalla legge del luogo in cui tali atti sono stati conchiusi, stipulati e compilati in modo che per la loro validità estrinseca basti osservare le formalità prescritte da questa legge.

*315. Il principio *locus regit actum* si può oggidì considerare accettato dalla giurisprudenza internazionale[1] per comune consenso e per una specie di necessità reciproca. « Spesso, dice il Savigny, è difficile conoscere nel » luogo in cui si fa l'atto giuridico, le forme legali ri- » chieste dalla legge del luogo in cui l'atto deve valere,

[1] Foelix, n° 73; Rocco, parte 5ª, cap. 5; Schaeffner, § 75; Savigny, § 381.

» e molto più difficile eseguirle perfettamente, perciò
» per non rendere assolutamente impossibili gli atti giu-
» ridici in paese straniero, o per non esporli a nullità
» per difetto delle forme legali, le quali non sono certa-
» mente stabilite per creare ostacoli ai negozii civili, si
» è dopo il XVI secolo riconosciuto come principio di
» diritto consuetudinario la regola *locus regit actum.* »[1]

Il Merlin poi dice: *Ce n'est point par un simple motif de convenance qu'on a donné, par rapport à la forme probante des actes, la préférence à la loi du lieu où ils sont passés sur toutes les autres : les vrais principes seuls ont déterminé ce choix. En effet, les actes reçoivent l'être dans le lieu où ils sont passés : c'est la loi de ce lieu qui leur donne la vie; c'est elle par conséquent qui doit les affecter, les modifier, en régler la forme.*[2]

Sono ben fondati gli argomenti del Savigny e del Merlin, nè oggi si possono elevare dubbii ragionevoli sulla verità del principio *locus regit actum* già accettato dalla maggioranza dei giureconsulti antichi. Molineo infatti lasciò scritto: *Est omnium doctorum sententia ubicumque consuetudo vel statutum locale disponit de solemnitate vel forma actus, ligari etiam exteros ibi actum illum gerentes.*[3] È necessario soltanto il chiarire la retta applicazione di questo principio.

316. Cominceremo col notare che nella redazione di un atto è necessario ben distinguere le espressioni essenziali che ne determinano la specie, e quelle particolari le quali sono richieste da ciascuna legge affinchè l'atto abbia un valore giuridico. Così, per esempio, in qualunque luogo sia creata la lettera di cambio, certe

[1] Savigny, loc. cit.
[2] *Répert.*, voce *Preuve*, sect. 11, § 3, art. 1, n° 5.
[3] *Consult.* 43.

enunciazioni sono tanto indispensabili all'essenza del contratto, che non possono mancare. Tali sono la somma da pagarsi, il nome e cognome di colui che deve pagare, la firma del traente. Altre non sono indispensabili per l'esistenza del contratto in se stesso, ma sono richieste per particolare disposizione della legge; tali sono la data e l'espressione del valore somministrato, l'essere la lettera tratta da un luogo su di un altro. Qualora la legge del luogo in cui fu creata la lettera di cambio non richieda tali indicazioni, le quali sono richieste dalla legge nostra (*Codice commerciale*, *art. 196*), il nostro tribunale deve considerare la cambiale valida ed ammettere l'azione del portatore contro un giratario italiano in virtù del principio *locus regit actum.*

317. Questa regola vale non solo per la redazione dell'atto, ma per la forma stessa del contratto. E ci piace osservare che gli stessi Romani, che ammettevano forme particolari e positive pei contratti, erano così conseguenti ed imparziali, che riconoscevano per i peregrini quelle forme permesse esclusivamente dalla loro legge o dai loro usi nazionali *chirographis et syngraphis.... quod genus obligationis proprium peregrinorum est.*[1]

Da questo principio deriva che il contratto di matrimonio con atto per scrittura privata concluso in paese straniero dev'essere valido in Italia, quando la legge del paese in cui l'atto fu stipulato non richieda la forma autentica. È questa l'opinione dello Zaccaria, del Demolombe e del Foelix, sanzionata dai tribunali francesi i quali dichiararono validi i contratti di matrimonio fatti a Londra e a Monaco con atto privato, non ostantechè il Codice Napoleone, *art. 1394*, richieda l'atto pubblico come il Codice nostro, *art. 1382*.[2]

[1] Gaius, lib. III, § 134.

[2] Zaccaria, § 51, n° 5; Demolombe, t. I, *Publication des lois*,

Lo stesso Zaccaria ammette che le donazioni con atto privato sieno valide anche per gl' immobili situati in Francia, purchè fatte in un paese la legge del quale permetta tal forma, e ritiene come non necessario che tali atti facciano menzione espressa dell' accettazione, quando questa formalità non sia richiesta dalla legge del luogo in cui furono compilati.[1] La ragione che ne danno Aubry e Rau si è che benchè l' accettazione dipenda piuttosto dalle parti che figurano nell' atto, che dall' ufficiale pubblico che lo riceve, il modo di costatazione di questa accettazione è l' opera dell' uffiziale pubblico incaricato di ricevere l' atto di donazione.

Nello stesso modo si deve decidere pei contratti relativi alla costituzione o scioglimento di una Società, qualora l' atto sia stipulato in un paese in cui sia permessa la forma privata, e la contestazione si verifichi innanzi al tribunale di un altro paese ove sia richiesta la forma pubblica per la validità di tali atti.

318. Anche per determinare se l' atto fatto in un paese sia o no autentico, e il grado di fede che gli si deve in giudizio, bisogna tener conto della legge del paese in cui l' atto è stato compilato. È necessario però assicurarsi che l' atto sia stato fatto veramente nel paese alla cui legge si vuole sottometterlo. Ciò riesce facile per gli atti autentici. Per questi basta che la parte la quale sostiene l' atto come autentico, provi che l' ufficiale che lo à ricevuto aveva carattere per autenticarlo, e che la firma di questo è attestata e legalizzata da un altro ufficiale pubblico degno di fede pel governo presso cui

nº 106, Paris, 11 mai 1816, Bertin (Sirey, 1817, II, 10); Paris, 22 novembre 1828, De Roquelaure (Sirey, 1829, II, 77). Vedi contro Duranton, I, p. 56.

[1] Zaccaria, Aubry e Rau, nota 69 e 70 al § 31; Merlin, *Répert.*, *Testam.*, sect. 11, § 4, art. 1; Demolombe, *Traité des donations*, t. IV, nº 475.

l'atto si vuol far valere. Per gli atti privati la cosa può presentare qualche difficoltà, ma la data, la dichiarazione delle parti, le prove estrinseche, e le circostanze possono dissipare qualunque dubbio.

*319. Il principio *locus regit actum* vale non solo per gli atti scritti in forma pubblica o privata, ma anche per i contratti verbali fatti in un luogo e validi secondo quella legge senza bisogno di un atto scritto.

Supponiamo che un negoziante dia ordine al suo corrispondente straniero di comprare una partita di merci pagabili alla consegna, e che questi esegua la commissione e compri le merci. Se secondo la legge del luogo in cui le merci furono vendute non sia necessario un memoriale scritto, mentre è necessario per obbligare le parti secondo la legge del luogo in cui le merci devono essere consegnate, si può elevare il dubbio se la mancanza del memoriale vizi il contratto. I tribunali inglesi ànno deciso doversi applicare la legge del luogo in cui le merci devono essere consegnate, perchè ivi è compiuto il contratto. Propriamente però il contratto è compiuto nel luogo in cui le merci furono pattuite dal commissionario per conto del suo principale,[1] e applicando il principio *locus regit actum* si deve decidere della necessità del memoriale secondo la legge del luogo in cui fu venduta la merce, non secondo quella del luogo in cui deve essere consegnata.

*Questa è pure l'opinione dello Zaccaria, il quale dice che i mezzi di prova coi quali si può stabilire l'esistenza giuridica dei contratti stipulati in paese straniero e le modificazioni che possono aver ricevuto da convenzioni accessorie e susseguenti, si devono determinare secondo la legge del paese in cui tali atti furono con-

[1] Vedi nº 248.

clusi, e quindi il giudice deve ammettere la prova testimoniale, quando la legge del luogo in cui fu stipulata la convenzione, non richieda l'atto scritto, ed ammetta la prova per testimoni.[1]

Questo principio vale per tutti i mezzi di prova coi quali si può stabilire l'esistenza di un atto giuridico e che sono inseparabili dalla forma necessaria all'efficacia dell'atto stesso; come, per esempio, per decidere se i libri di commercio tenuti in una certa maniera possono far fede in giudizio. In tali casi, benchè sembri a primo aspetto che la prova, come cosa che attiene alla procedura, debba essere regolata dalla legge del luogo in cui si fa il giudizio, pure, considerando che questi mezzi di prova sono strettamente connessi colla forma dell'atto giuridico, conviene applicare la regola generale.

320. Disputano i giuristi circa il valore imperativo del principio *locus regit actum*. Alcuni opinano che non è in facoltà delle parti, stipulando l'atto in altro paese, di seguire le forme prescritte dalla legge della loro patria;[2] altri, considerando tale disposizione come un favore concesso alle parti, ammettono la facoltà di rinunciarvi e di seguire le forme richieste dalla legge del luogo in cui l'atto dev'essere efficace.[3] Ma, e in ciò siamo d'accordo colla maggioranza, se l'atto dev'essere eseguito nello stesso luogo in cui è stipulato, le parti, siano cittadini o stranieri, devono seguire le forme richieste da quella legge, perchè la forma è condizione alla efficacia dell'atto, e di essa si deve giudicare secondo la legge locale che ne garantisce l'esecuzione; mentre se uno si obbliga in paese straniero ad eseguire

[1] Zaccaria, § 31.
[2] Boullenois, *Observ.* 34.
[3] Savigny, op. cit., § 381; Schaeffner, § 83.

qualche cosa nella sua patria, basta per la forma esterna che l'atto sia valido secondo la legge del luogo in cui se ne deve domandare l'esecuzione in caso d'inadempimento o di contestazione. *Si inter duos celebratur, verbi gratia, pactum, et uterque paciscens sit externus et unius civitatis civis; dubitandum enim non est, actum a talibus secundum leges patriæ factum, in patria valere.*[1] Tale facoltà non si può però estendere a due cittadini che fanno nella loro patria una convenzione che dev'essere eseguita in paese straniero, perchè le leggi obbligano rigorosamente i cittadini, e questi non possono sottrarsi dall'osservarle, salvo il caso che la legge del luogo, in cui è situata la cosa che è oggetto della convenzione, non prescriva necessariamente alcune forme particolari.

Notiamo in ultimo che quando due cittadini della stessa patria contrattano in paese straniero, seguitando le formalità prescritte dalla propria legge, il contratto dev'essere in quanto alla forma giudicato valido anche dal tribunale del paese in cui seguì la convenzione. In Francia quindi è stato deciso che il principio *locus regit actum* non è applicabile a due stranieri che avessero fatto in Francia un atto colle forme prescritte dalla legge del loro paese.[2]

321. Può sorgere qualche difficoltà qualora la convenzione sia stipulata in un paese fra un cittadino ed uno straniero, colla forma richiesta dalla legge del luogo in cui la convenzione dev'essere eseguita. Se l'atto è sinallagmatico, importando un'obbligazione reciproca, non può essere obbligatorio per l'uno senza esserlo per

[1] Hertius, *De collisione legum*, n° 10. Confr. Voet, *De statut.*, sect. IX, c. 9, n° 2; Voet, *Ad Pand.*, lib. IV, parte 2ª, n° 15; Rodenburg, *Tract. prel.*, tit. 11, cap. 3.

[2] Rej., 19 mai 1830 (Taaffe) Pasicrisie.

l'altro. Quindi se lo straniero è validamente obbligato secondo le leggi del suo paese in cui deve eseguire la promessa, il nazionale che vuole costringerlo all'esecuzione, non può, per sfuggire all'adempimento della propria obbligazione, dedurre che l'atto non è per la forma valido secondo le leggi della sua patria. Se l'atto poi è unilaterale, lo straniero che si è obbligato secondo le forme richieste dalla sua legge, deve eseguire nel proprio paese la sua obbligazione; se poi il nazionale contrasse nel suo paese a favore di uno straniero una obbligazione da eseguirsi all'estero, e non seguì le forme stabilite dalla sua legge alla quale soltanto era sottoposto, quando sia convenuto in paese straniero, per l'esecuzione della convenzione, può opporre la nullità che risulta dalla mancanza delle forme richieste dalla legge della sua patria.

Quando poi vi sono coobbligati nazionali e stranieri, se il contratto è sinallagmatico, è obbligatorio per i coobbligati come per gli obbligati principali. Se è unilaterale, i coobbligati nazionali possono prevalersi, per ciò che spetta ad essi, della nullità del contratto non conforme alla legge locale; gli stranieri però non cessano di essere obbligati all'esecuzione del contratto conforme alle leggi della loro patria.[1] Se finalmente vi fossero coobbligati nazionali e stranieri verso altri contraenti nazionali e stranieri, e il contratto fosse valido per la forma secondo la legge degli uni o degli altri, i coobbligati sarebbero tenuti come gli obbligati principali, e gli altri non potrebbero eccepire per la nullità di un contratto che importa obbligazione reciproca, e non può essere obbligatorio per gli uni senza esserlo anche per gli altri.

322. I principii stabiliti valgono anche per i con-

[1] Massé, *Droit comm.*, n° 573.

tratti da cui deriva un diritto reale sulla cosa immobile. Per l'efficacia però di tali diritti rispetto ai terzi è necessario osservare le forme prescritte dalla *lex rei sitæ*, lo che vale per la trascrizione, per la vendita, per la tradizione e la forma necessaria a costatarla, per l'iscrizione dell'ipoteca e simili.

Notiamo finalmente che quando il contratto si vuol rendere esecutorio, è d'uopo a completarlo, rispetto alla forma, osservare tutte le disposizioni vigenti nel paese in cui si domanda l'esecuzione, anche quando l'atto sia valido e completo secondo la legge del luogo in cui fu stipulato.

CAPITOLO VII.

Del contratto di matrimonio.

323. Oggetto del contratto di matrimonio e sua importanza. — 324. Difficoltà che possono sorgere quando il contratto di matrimonio è stipulato in paese straniero. — 325. Dottrina di quelli che vogliono far tutto dipendere dalla volontà dei contraenti, e confutazione della stessa. — 326. Il contratto di matrimono è strettamente connesso col matrimonio e dev' essere regolato dalla stessa legge. — 327. Si confuta l'opinione di quelli che ammettono la preferenza della legge del domicilio del marito. — 328. Opinione del Dalloz e nostra. — 329. Il principio *locus regit actum* si applica al contratto di matrimonio. — 330. Legge che deve applicarsi in mancanza di patti nuziali. — 331. Differenza fra la dottrina nostra e quella di altri scrittori. — 332. Legge che deve regolare i diritti dei coniugi sui beni esistenti in paese straniero. — 333. Eccezione ai principii generali quando ne deriva una lesione al diritto pubblico dello Stato.

323. Il contratto di matrimonio è ben distinto dal matrimonio. Questo à per oggetto l'unione delle due

persone, quello provvede alla conservazione, alla distribuzione, alla trasmissione del patrimonio, e consiste nella convenzione colla quale i due futuri coniugi regolano, quanto ai beni, i diritti dei quali devono godere l'uno rispetto all'altro.

La società coniugale che confonde le abitudini colla vita comune, e crea importanti rapporti personali, tende altresì a confondere gl'interessi materiali, e ad organare l'economia domestica secondo i bisogni intimi della famiglia. Il contratto di matrimonio à perciò tutta la gravità del matrimonio stesso, dev'essere l'oggetto delle sollecite cure di un saggio legislatore, e sì all'uno che all'altro vanno applicate le parole di Platone: « Affinchè una repubblica sia bene ordinata, le principali leggi debbono essere quelle che regolano il matrimonio. »[1] A ragione perciò la legge determina in qual modo i coniugi possono regolare i loro diritti sui beni mediante convenzione, e ne regola essa stessa gl'interessi reciproci quando mancano i patti nuziali.

324. Quando il contratto di matrimonio è fatto in paese straniero, due dubbi possono sorgere: 1° circa la legge colla quale si deve giudicare dei patti nuziali, della loro validità, dei loro effetti giuridici; 2° circa la legge cui si deve presumere si sieno riferiti i futuri coniugi, se non stipularono alcuna convenzione.

325. Quelli che vogliono far tutto dipendere dalla libera sottomissione delle parti, e che pongono quindi in balia dei contraenti di riferirsi all'una o all'altra legge, dicono che i patti nuziali debbono essere regolati dalla legge del luogo in cui il matrimonio fu celebrato. *Porro non tantum ipsi contractus ipsæque nuptiæ certis locis rite celebratæ ubique pro justis et validis habentur, sed*

[1] Platone, *Delle leggi*, IV.

etiam jura et effecta contractuum nuptiarumque in iis locis recepta ubique vim suam obtinebunt.[1] Noi non possiamo accettare questa dottrina.

Il contratto di matrimonio, benchè abbia per oggetto i beni, non si può assimilare alle altre convenzioni. Esso abbraccia interessi tanto elevati, che nessun altro rapporto della vita civile affètta sotto tanti rispetti e tanto profondamente l'individuo, la famiglia e la società. La legge che lo regola deve provvedere al presente e all'avvenire, all'interesse pubblico e privato, alla prosperità dell'economia domestica, al patrimonio dei figli che nasceranno, ai terzi che contratteranno, e armonizzare tutto coi principii che regolano il matrimonio stesso, il quale modifica la capacità, stabilisce rapporti di subordinazione tra gli sposi, determina i loro diritti sui beni, e muta quindi le condizioni del credito e i rapporti dei terzi coi coniugi. Non si può dunque ammettere che sia in balìa dei contraenti riferirsi all'una o all'altra legge, nè che il contratto di matrimonio possa essere retto da una legge diversa da quella che regola il matrimonio stesso.

326. Se ci fosse dato allungarci in digressioni storiche, potremmo dimostrare fino all'evidenza che le leggi che regolano il regime economico dei beni dei coniugi, rivelano gli usi, i costumi, la civiltà, le istituzioni nazionali: e le differenze che si possono notare seguono le stesse vicissitudini delle leggi le quali ànno regolato e regolano il matrimonio. Noteremo solamente come presso gli antichi popoli orientali, che consideravano il matrimonio come un acquisto, le convenzioni valevano a determinare il prezzo pagato dal marito per ottenere il consenso dei parenti della moglie. Presso i Romani che

[1] Huber, *De conflict. leg.*, § 9; Kent, *Comment.*, lect. 39; Story, *Conflict of Law*, § 145.

nei tempi primitivi avevano organato la famiglia in modo che tutto riposava sull' unità del potere e sul dispotismo del suo capo, la donna, come cadeva col matrimonio sotto l'assoluta potestà del marito, *in manu viri*, così perdeva ogni diritto di proprietà, e la *conventio in manum* era considerata come un titolo universale di acquisto pel marito e suoi eredi. Nei tempi moderni poi secondochè il matrimonio si è fondato su principii più liberali e si è più o meno largamente riconosciuta la reciprocanza e l' uguaglianza nei rapporti dei coniugi, così la legge à vegliato più o meno, che nel contratto di matrimonio fossero garantiti gl' interessi della donna, riconoscendo in essa diritti da rispettare e da conservare.[1]

Se dunque il contratto di matrimonio è tanto strettamente connesso col matrimonio,[2] non si può ammettere che queste due cose si possano scindere e farle dipendere da diverse leggi; ma si deve invece conchiudere che qualunque sia il luogo, in cui fu stipulato il contratto di matrimonio, esso dev' essere retto dalla legge nazionale del marito, perchè questa deve tutelare tutti gl' interessi della nuova famiglia che si forma. La legge poi del luogo della stipulazione deve regolare solamente la forma estrinseca del contratto. Questa dottrina è nella sostanza conforme a quella di Ulpiano, il quale dice: *Nec enim id genus contractus est, ut potius eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reddilura.*[3]

327. Dobbiamo però dichiarare che tutti gli scrittori

[1] Vedi Troplong, *Préface du contrat de mariage; Revue de legislation*, 1849; Dalloz, *Répert.*, *Contrat de mariage; Droit comparé.*
[2] Troplong, *Mariage*, n° 112, 113.
[3] L. 65, Dig., *De judiciis* (V, 1).

i quali sostengono che il matrimonio dev' essere retto dalla legge del domicilio del marito, ammettono che la stessa legge deve regolare il contratto di matrimonio.[1] Noi ci riferiamo a quanto dicemmo innanzi per dimostrare che questa dottrina non è accettabile ai tempi nostri.[2] Secondo noi i principii che valevano una volta tra provincia e provincia si devono ai giorni nostri applicare tra nazione e nazione, e il domicilio matrimoniale si deve determinare secondo la nazionalità del marito.

La legge infatti è chiamata a regolare il contratto di matrimonio, perchè deve tutelare gl' interessi economici dei coniugi e della prole e provvedere all'avvenire della famiglia. Ora se la moglie segue la condizione del marito, se i figli nascono cittadini della patria del padre, qual'è la legge cui spetta provvedere, se non quella della patria del capo della famiglia? Non sappiamo comprendere come parecchi scrittori francesi, intendendo per domicilio matrimoniale quello del marito nel momento della celebrazione, opinano che tutto debba dipendere dalla legge del domicilio, e invocano l' autorità degli scrittori antichi per comprovare la loro teoria. Non intendiamo al certo sconoscere la grande sapienza dei giuristi antichi, anzi dichiariamo che ai loro tempi questa dottrina era molto ben fondata. Tutto l' errore è dei moderni i quali, senza entrare nello spirito della teoria per applicarla convenientemente, arrivano a conseguenze false.

328. Il Dalloz, fra gli altri, sull'autorità di parecchi

[1] Boullenois, t. I, p. 750; Battur, n° 66; Duranton, *Mariage*, n° 87; Merlin, *Répert.*, *Commun. des biens*, § 1, art. 5; Foelix, n° 90; Demangeat, *Cond. des étrang.*, p. 377; Rocco, parte 3a, cap. 21; Massé, n° 548; Cour de Paris, 15 dic. 1853 (Dev-Car., 1854, 2, 105).

[2] Vedi lib. I, cap. 5.

scrittori, dice: *L'étranger qui a été autorisé à établir son domicile en France, et qui, depuis, se marie en France sans contrat,* MÊME AVEC UNE ÉTRANGÈRE DE SON PAYS, *sera soumis à notre régime de communauté.*[1] Dunque un italiano domiciliato in Francia che si mariti colà con un'italiana può, in contradizione dell'art. 1433 del nostro Codice, stipulare il regime della comunione perfetta. Ma se questa famiglia, benchè domiciliata in Francia, è una famiglia italiana, e lo stato delle persone che la compongono dipende dalla legge nostra, come si può ammettere che il regime economico del suo patrimonio debba essere regolato dalla legge francese? Un italiano non può sottrarsi completamente alla nostra legge, senza rinunciare alla propria nazionalità, e finchè egli con la sua famiglia continua a vivere sotto la protezione della legge italiana, questa deve regolare gli atti di lui in tutto ciò che interessa civilmente e politicamente la sua nazione, purchè non offendano gl' interessi dello Stato in cui egli dimora.

Da questo principio deriva che un italiano che contrae matrimonio all'estero non può stipulare che il matrimonio sia regolato da consuetudini locali o da leggi cui non è legalmente sottoposto (*art. 1381 del Codice civile italiano*); che gli sposi non possono in alcuna guisa derogare le disposizioni proibitive contenute nel nostro Codice (*art. 1379*) e quindi non possono mutare l'ordine legale delle successioni (*art. 1380*) nè i patti nuziali dopo il matrimonio, o fare controdichiarazioni (*art. 1385*).

*329. Solamente per la forma esterna, in virtù del principio *locus regit actum,* il contratto di matrimonio è retto dalla legge del luogo in cui fu stipulato. Ciò vale

[1] *Contrat de mariage* (*Jurispr. génér.*) n° 206.

non solo per l'ufficiale pubblico che deve riceverlo, pel numero e la qualità dei testimoni, ma per la forma legale del contratto come, per esempio, se la legge del luogo della stipulazione permettesse l'atto privato.[1] Alcuni scrittori hanno detto pure che, se la legge del luogo permette di stipulare il contratto dopo la celebrazione del matrimonio, come è nella Spagna e nei paesi retti dalle leggi romane, è lecito farlo pel principio *locus regit actum*. Così la pensa il Troplong,[2] il quale cita una sentenza della Corte di Montpellier.[3]

Osserviamo però che la legge la quale permette o proibisce di stipulare il contratto dopo la celebrazione, si riferisce piuttosto alla capacità che alla forma. È vero che quando due coniugi si maritano sotto una legislazione che permetta di regolare le loro convenzioni dopo il matrimonio, conservano questa facoltà anche quando sopravviene la nuova legge che lo proibisce.[4] Ciò però deriva dal principio che l'immutabilità o la mutabilità di una convenzione si regola secondo la legge vigente nel giorno della sua formazione, e che la legge nuova non può distruggere i diritti già acquistati dalle parti. Ma quando due persone si maritano in un paese ove è permesso stipulare le convenzioni matrimoniali dopo il matrimonio, nè acquistano nè possono acquistare il diritto di farlo contro la legge della loro patria che lo proibisce e che deve regolare il contratto di matrimonio dovunque.

*330. Quando mancano convenzioni espressamente

[1] Vedi il cap. 6 precedente. Confr. Troplong, *Mariage*, n° 188; Gothofredo, sulle Nov. 94; Dalloz, *Contrat de mariage*, n° 271; Merlin, *Répert.*, *Testam.*, sect. 2, § 4, art. 1. n° 5; Demolombe, t. 1, n° 106.

[2] Op. cit., n° 179.

[3] 25 avril 1844, aff. Casadumont (D P. 1845, 2, 36).

[4] Merlin, *Répert.*, *Effet retroact.*, sect. 3, § 3, art. 1; Cour. Sup. de Bruxelles, 17 fév. 1817, 8 mai 1819, 30 mars 1820.

stipulate, il regime dei beni deve determinarsi secondo la legge nazionale del marito per le stesse ragioni addotte innanzi. Quando infatti i coniugi non si prevalsero della facoltà loro concessa di modificare il regime legale dei beni, significa che tacitamente preferirono di sottomettersi del tutto alla legge cui erano legalmente sottoposti, cioè alla legge della nazione del marito.

331. Anche questa dottrina diversifica da quella della maggioranza degli scrittori sotto due rispetti. Tutti si accordano nel riconoscere che in mancanza di patti nuziali l'associazione coniugale rispetto ai beni dev'essere retta dalla legge personale del marito; la gran parte però ritiene che la legge personale sia quella del domicilio del marito, e questa è la dottrina sanzionata dalla giurisprudenza. La Corte di Parigi decise, con sentenza del 6 febbraio 1856, che un cittadino sardo il quale si era maritato in Francia, ove era domiciliato da lungo tempo senza autorizzazione del governo, si dovea considerare, mancando le convenzioni matrimoniali, maritato sotto il regime della comunione perfetta, benchè il Codice Albertino non ammettesse la comunione che quando era espressamente stipulata (*art. 1573*). Nello stesso senso si era pronunciata la stessa Corte con sentenza del 15 dicembre 1853 relativamente ad un suddito annoverese.[1]

Nell'assegnare inoltre la ragione per la quale la legge regola il regime dei beni dei coniugi, in mancanza di convenzioni espresse, ànno creduto trovarla nel contratto tacito, e ànno conchiuso che la legge del domicilio del marito deve determinare il regime dei beni perchè questa si presume tacitamente accettata dalle parti. Questa dottrina sostenuta originariamente

[1] Sirey, 1854, 2, 105.

dal Molineo, dal Voet, da Le Brun, è stata poi accettata dal Pothier, dal Troplong, dal Rocco e da molti altri, è sanzionata dalla Cassazione di Parigi.[1] Per combatterla, non diciamo col Froland,[2] che sia una sottigliezza di spirito, ma osserviamo che la convenzione espressa o tacita può valere per tutto ciò che è nell'arbitrio delle parti, e che può dipendere dal simultaneo accordo delle due volontà *in idem*. Nel fatto invece non è in facoltà delle parti di derogare le disposizioni della legge cui legalmente sono sottoposte. La legge, nell'interesse della famiglia e dei terzi, determina il regime dei beni dei coniugi e limita il loro arbitrio; essa obbliga necessariamente, e si deve applicare di pieno diritto non perchè preventivamente accettata per tacita convenzione, ma perchè s'impone a tutti quelli che si maritano e che sono legalmente ad essa sottoposti. Si può solamente in certi casi ammettere il contratto tacito, cioè, quando la legge dispone ma lascia nel tempo medesimo libertà di stipulare in contrario; ma nel caso del quale si tratta il silenzio dei contraenti non può equivalere che alla tacita volontà di uniformarsi alla loro legge nazionale.

332. Questi principii meritano la più larga applicazione, e dovrebbero valere in qualunque luogo esistano i beni appartenenti ai coniugi, anche se il regime legale secondo la *lex rei sitæ* fosse diverso. Gli scrittori però e la giurisprudenza inglese ammettono che nessuna legge

[1] Molineus, *Comm. ad cod.*, lib. I, tit. 4, l. 4; P. Voet, *De statut.*, sect. 9, cap. 9, n° 5; I. Voet. *Ad Pand.*, tit. *De ritu nuptiarum*, n° 85. Le Brun, *De la commun.*, lib. I, cap. 2, n° 58; Pothier, *De la commun.*, art. 1, n° 10; Troplong, *Mariage*, n° 21; Rocco, parte 3ª, cap. 21; Cass. fran., 25 juin 1816 (Sirey, 1817, 1, 292); Id., 7 févr. 1843 (Sirey, 1843, 1, 282); Id. in conferma della sentenza della Corte imperiale di Parigi del 6 febbraio 1856 (Sirey, 1857, 1, 247); Cour Suprême de Nassau, 20 janvier 1841; *Recueil d'arrêts*, t. IV, p. 95.

[2] *Memoires*, parte 2ª, cap. 5, § 9.

straniera possa avere effetto per i beni della donna situati nella Gran Bretagna,[1] e questa è pure l'opinione di quegli scrittori i quali partendo dalla nota distinzione fra leggi reali e personali, ammettono il principio generale che la legge del marito non si estende agl' immobili situati in estero Stato. La legge del luogo in cui è situato l' immobile, dice il Foelix, deve reggere *tout ce qui est relatif au régime dotal.*[2] Il Massé poi, mentre ammette che la legge che regola l' associazione coniugale è uno statuto personale, soggiunge: *Je pense aussi que ce statut, personnel, en tant qu'il règle les droits respectifs des époux, est réel, en ce qui touche la disponibilité des biens, et que les biens situés en pays étranger régis seulement par la loi locale, peuvent être aliénés dans les termes autorisés par cette lois quelles que soient d'ailleurs les prohibitions particulières de la loi du domicile des époux.*[3]

Nel nostro sistema è inutile discutere se la legge che regola il regime dei beni sia reale o personale; per noi è certo che per decidere se un fondo sia o no dotale, e se, essendo dotale, sia o no alienabile, si deve applicare la legge nazionale del marito non quella della *rei sitæ.*[4] Ciò vale per tutti gli altri diritti dei coniugi sui beni che derivano o dalla legge che regola il matrimonio, o dalla convenzione. Ammettiamo solamente come ragionevole eccezione che la legge nazionale del marito non deve applicarsi quando offenda l' interesse dello

[1] Story, *Conflict of Law*, § 184; Burge, *On colonial Law*, parte 1ª, cap. 7, § 8; Argentré, *Ad consuet. Britanniæ*, art. 218; Henry, *On foreign Law*, 48, 49; Huberus, *De conflictu legum*, L. 1, tit. 3, § 2.

[2] *Droit privé international*, § 60.

[3] Massé, *Droit commercial*, n° 518, p. 446 (2 alit.) Confr. Paris 15 mars 1831 (Bonar) Paris, 18 mai 1829 (Chirat) jurisp. du XIXe siéc. Duranton, t. *I*, n° 85.

[4] Vedi n° 196.

Stato o i principii di ordine pubblico nel luogo in cui la cosa è situata.

333. Supponiamo, per esempio, che la legge nazionale del marito permettesse di accrescere la dote durante il matrimonio, e che il marito volesse invocare la sua legge per rendere dotali i beni parafernali di sua moglie situati in Italia, dove l'accrescimento di dote non può essere valido ed efficace perchè l'art. 1391 del nostro Codice civile dispone: *La dote non si può costituire nè aumentare durante il matrimonio.* Questa disposizione è generale e proibitiva, provvede all'interesse privato dei contraenti rendendo i patti nuziali insuscettibili di mutazione, ed è ordinata a tutelare gl'interessi generali, e ad impedire che i terzi siano frodati da costituzioni, o da simulati accrescimenti di dote durante il matrimonio. Per la stessa ragione se la legge nazionale dei coniugi permettesse loro di fare controdichiarazioni per mutare la dote mentre il matrimonio esiste, tali controdichiarazioni sarebbero inefficaci di fronte ai terzi in Italia, perchè l'*art. 1395* che proibisce di mutare in qualunque modo le convenzioni matrimoniali dopo la celebrazione del matrimonio, à per scopo di tutelare gl'interessi dei terzi che potrebbero essere frodati da ignote controdichiarazioni.

Salvo questa eccezione, le convenzioni matrimoniali interpretate secondo la legge nazionale del marito, devono applicarsi in generale ai beni appartenenti agli sposi, in qualunque luogo quei beni fossero situati, e secondo la stessa legge devono determinarsi tutti gli effetti che dal contratto di matrimonio derivano. Così deve decidersi se i nuovi acquisti fatti in territorio straniero entrino nel regime dotale, se i coniugi possano farsi donazioni, e quali diritti acquisti il marito rispetto ai dotanti stranieri. La stessa legge regolerà la

restituzione della dote in caso di scioglimento del matrimonio, e la separazione della dote dai beni del marito.

Notiamo tuttavia, prima di conchiudere, che quantunque il contratto di matrimonio si consideri fatto nella patria del marito, per tutto ciò che si riferisce agli obblighi di genitori stranieri che maritino una figlia ad un italiano, sia quanto alla costituzione della dote, sia quanto al modo di ripartirla fra i dotanti, deve applicarsi la legge nazionale cui i genitori sono sottoposti e da cui i loro diritti sui beni respettivi son regolati.

CAPITOLO VIII.

Della legge che deve regolare la vendita.

334. Legge che deve regolare il contratto di vendita. — 335. Vendita fatta da un mandatario dopo la morte del mandante. — 336. Diritti e obblighi del compratore e del venditore. — 337. Traslazione di proprietà della cosa venduta. — 338. Questioni speciali circa la traslazione di proprietà delle cose mobili vendute. — 339. Cessione di cose incorporali, di diritti e azioni di qualunque natura. — 340. Cessione dei crediti. — 341. Opinione di Lord Kames. — 342. Opinione nostra. Principii coi quali si deve decidere se un sequestro fatto dopo la cessione sia valido.

334. La vendita è un contratto consensuale e sinallagmatico mediante il quale uno dei contraenti si obbliga a trasferire per un determinato prezzo la proprietà di una cosa nell'altro, e questi si obbliga di pagarne il prezzo fissato.

Nella vendita conviene distinguere il contratto, che

si pone in essere col consenso delle parti, e la sua esecuzione, che importa per parte del compratore il pagamento del prezzo della cosa comprata, e per parte del venditore la consegna o la tradizione della cosa venduta. Il contratto, quando le parti sono capaci ad obbligarsi, è regolato dalla *lex loci contractus*, sia che le parti abbiano comprato e venduto direttamente, sia che abbiano ciò fatto per mezzo d' intermediarii debitamente autorizzati.[1] L' esecuzione poi è regolata dalla legge del luogo in cui è situata la cosa che fu materia della convenzione, e da quella del luogo in cui fu destinato il pagamento. Gli effetti giuridici finalmente saranno regolati dall' una o dall' altra legge secondochè dipendono immediatamente dal contratto stesso o si riferiscono alla sua esecuzione.[2]

335. A proposito di vendita fatta per mezzo d'intermediarii, Story propone agli studiosi il seguente caso:[3] Supponiamo, dice egli, che *A* negoziante del Massachussets abbia dato al suo corrispondente *B* di Nuova Orléans procura generale di vendere, comprare, ricevere, quietanzare per suo conto, e che poscia dia ordine a *B* medesimo di vendere la nave al'arrivo col carico della merce, e firmare in suo proprio nome il contratto di vendita. *B* eseguisce gli ordini; ma vende la nave e la merce, e firma il contratto in nome di *A*, quando questi è già morto, comunque ancora non abbia potuto riceverne avviso. Può in questo caso la vendita invalidarsi?

Secondo la legge del Massachussets la procura è rivocata di fatto colla morte del principale, in modo che gli atti compiti dal mandatario dopo la morte del man-

[1] Vedi nº 248.
[2] Vedi nº 237 e seg.
[3] *Conflict of Law*, § 286 d.

dante, ne abbia quegli o no avuta notizia, sono nulli.[1] Secondo la legge della Luigiana al contrario gli atti fatti dal mandatario dopo la morte del mandante, ma prima che ne abbia avuta notizia, sono validi.[2] Tutta la questione si riduce a determinare se la procura per tutto ciò che si riferisce alla sua rivocabilità, alla sua durata, ai suoi effetti dev'essere retta dall'una o dall'altra legge. A primo aspetto si potrebbe dire che l'atto fatto in un luogo deve valutarsi secondo la legge del luogo in cui è fatto per la sua natura, per la sua estensione, per la sua durata. Ma si può osservare che, come la procura è data perchè sia efficace in un paese straniero, il potere del procuratore dev'essere determinato secondo la legge di tale paese, la quale deve reggere ancora la natura, l'estensione, la durata della procura. Quando un mandante dà al suo corrispondente la commissione di fare affari per suo conto, mancando prove in contrario, si presume che il potere che gli conferisce, si debba determinare secondo la legge del luogo in cui il mandatario deve fare gli affari. Nel caso in questione però, soggiungono i contrarii, non si tratta della maggiore o minore estensione del potere del procuratore, ma si tratta di accertare se morendo la persona da cui ebbe autorità il procuratore, il suo potere sussista o sia rivocato da una disposizione della legge sotto la quale ebbe origine.

[1] Story, *On agency*, § 488-89.

[2] Codice civile di Luigiana, art. 3001. È conforme la disposizione del Codice Napoleone, art. 2008, Codice italiano, art. 1762, Codice olandese, 1851-55, Cantone di Vaud, 1490. Il Codice di Baviera, lib. IV, cap. 9, art. 1, dispone: « Quando il mandante muore prima che il negozio sia intavolato, la procura è nulla; se il negozio sia cominciato, il mandatario deve compierlo. Il Codice prussiano, parte 1ª, tit. 13, richiede solo che la morte o l'incapacità del mandante sia ignorata dal terzo che contrae, nulla osta che non sia ignorata dal mandatario.

Story non risolve il dubbio e dichiara che la questione non è stata decisa. Noi opiniamo che la vendita si debba considerare valida per tutti i suoi effetti rispetto al compratore e rispetto ai terzi. Il contratto di mandato, secondo dicemmo, diventa perfetto nel luogo in cui risiede il mandatario, e perciò della natura, della durata, dell'estensione del mandato, si deve giudicare secondo la legge di tal paese. Se il mandatario, per esempio, risiedesse in Italia, non dubiteremmo della validità della vendita. Nella specie infatti si dovrebbero distinguere due contratti, l'uno di mandato, l'altro di vendita, i quali diventerebbero perfetti entrambi in Italia. La nostra legge dispone che è valido ciò che fa il mandatario in nome del mandante nel tempo in cui ignora la morte di lui (*art. 1762*); quindi la vendita è valida e i terzi di buona fede non possono essere frodati nei diritti legittimamente acquistati.

336. Tutti i diritti e gli obblighi del compratore e del venditore devono valutarsi secondo la legge del luogo in cui la vendita fu perfetta. Questo principio vale anche per la promessa di vendita fatta e accettata dalle due parti, e per le azioni ed eccezioni che dall'una e dall'altra derivano,[1] tanto se la vendita sia semplice, quanto condizionata. Il modo poi di adempiere le reciproche obbligazioni, e gli effetti che derivano dal modo di esecuzione, devono essere regolati dalla legge del luogo in cui ne fu destinato l'adempimento. Quindi l'obbligo del venditore di consegnare la cosa e di metterla nella fisica disponibilità del compratore, la sua responsabilità, l'obbligo di garantire la cosa dall'evizione, e le azioni che ne derivano come l'*actio empti*, l'*actio æstimatoria* o *quanti minoris*, l'*actio redhi-*

[1] Vedi Sez. II, cap. 1°.

bitoria e l'azione in risarcimento di danni e interessi devono dipendere dalla *lex loci contractus*. La stessa legge regolerà l'obbligo del compratore a pagare il prezzo e le spese che ha potuto sopportare il venditore per mantenere e conservare la cosa dopo concluso il contratto, l'ipoteca di cui deve essere passivo fino al pagamento del prezzo, la ragione dell'interesse se gli fu accordata una dilazione pel pagamento, la sua responsabilità se è in colpa nell'eseguire la sua obbligazione e l'*actio ex vendito* che appartiene al venditore. Al contrario per decidere se il venditore sia in colpa, se possa dirsi verificata l'evizione, e per tutto ciò che si riferisce al modo di misurare o pesare le cose vendute e consegnarle, alla moneta in cui deve farsi il pagamento, alla stima dell'*id quod interest,* alla necessità della trascrizione per l'efficacia della vendita rispetto ai terzi, e dell'iscrizione per l'efficacia del diritto d'ipoteca e simili, si deve applicare la legge del luogo in cui fu destinata l'esecuzione del contratto, ossia la *lex rei sitæ*.

Secondo la stessa legge si dovrà decidere se la cosa venduta sia o no in commercio. Quindi se nel tempo che corre tra la vendita e la consegna la *lex rei sitæ* dichiarasse fuori di commercio una cosa che prima era in commercio, o se il fisco per ragioni di pubblica utilità espropriasse la cosa venduta, l'inesecuzione non può essere imputata al venditore, e questi può essere tenuto a restituire il prezzo o a sostituire il compratore nei suoi diritti rispetto al fisco, non a pagare l'*id quod interest*.

337. Circa la traslazione della proprietà, osserviamo che se secondo la *lex rei sitæ* sia necessaria la tradizione, conforme al principio di diritto romano: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transfe-*

runtur,[1] il compratore, nonostantechè diversamente disponga la legge del contratto, avrà solamente un'azione personale contro il venditore e suoi eredi: *Ex iis prædiis quæ mercata es, si aliqua a venditore obligata, et necdum tibi tradita sunt: ex empto actione consequeris ut ea a creditore liberentur.*[2] Egli non avrà alcuna azione reale: potrà solo far costringere il venditore a consegnargli la cosa e a indennizzarlo dei danni ed interessi. (*Actio empti*) *non prætium continet tantum sed omne quod interest emptoris.*[3] — *Si traditio rei venditæ iuxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat; quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus præses, provinciæ tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.*[4]

338. Lo stesso principio vale per la traslazione di proprietà delle cose mobili. Supponiamo che un negoziante domiciliato in una data piazza, venda una partita di mercanzia esistente all'estero, e che il suo socio prima di riceverne avviso venda la stessa partita ad un terzo e gliene faccia la tradizione. Supponiamo che secondo la legge del paese in cui è domiciliato il negoziante e in cui fu fatta la vendita, la proprietà si acquisti di diritto appena la vendita è perfetta e senza bisogno della tradizione, e che secondo la legge del paese in cui si trovano il socio e la merce, la tradizione sia necessaria per la traslazione di proprietà delle cose mobili, e che sorga il dubbio quale dei due compratori possa far valere a preferenza il suo diritto di proprietà. Ammettendo la dottrina di quegli scrittori che dicono che le cose mobili si considerano per finzione di diritto al domicilio

[1] L. 20, Cod., *De pactis*, II, 3.
[2] L. 5, Cod., *De evict.*, VIII, 45.
[3] L. *Titius*, 44, Dig. in fin., *De act. empt*, XIX, 1.
[4] L. 4, Cod., *De act. empt.*, IV, 49.

del proprietario *a quo legem situmque accipiunt,* si dovrebbe conchiudere che il diritto del primo compratore deve prevalere su quello del secondo per la nota massima *prior in tempore potior in jure.* Abbiamo già dimostrato come le cose mobili che sono in un dato luogo siano soggette alla *lex rei sitæ,*[1] e perciò se a seconda di una tal legge la tradizione è necessaria al trasferimento della proprietà, il primo compratore avrà solo l'*actio ex empto* contro il venditore, potrà farlo condannare all'*id quod interest,* ma non potrà rivendicare la cosa perchè la proprietà non gli fu trasferita, nè costringere il venditore alla tradizione perchè l'esecuzione dell'obbligazione si rende impossibile essendo stata la tradizione già eseguita in favore di un terzo, il quale à un diritto perfetto e preferibile.

Supponiamo invece che un italiano, mentre la sua nave carica di merci è in viaggio per Nuova Orléans, venda il carico e la nave, e che appena questa arriva nel porto, sia sequestrata da un creditore del venditore. Secondo la legge della Luigiana pel trasferimento di proprietà delle cose mobili è necessaria la tradizione, mentre per la legge nostra non è necessaria, e la proprietà si acquista appena la vendita è perfetta. Può in questo caso il titolo di colui che fece il sequestro prevalere a quello del compratore per la mancata tradizione? No, certo. Le cose mobili infatti sono sottoposte alla *lex rei sitæ* quando si trovano in un luogo fisso soggetto alla giurisdizione del sovrano territoriale. La merce che è in mare non è nel territorio di alcuna nazione e si considera nel domicilio del proprietario, quindi se colla girata e tradizione della polizza di carico, che equivale alla tradizione della merce, il compratore divenne vero proprietario prima che la merce fosse

[1] Vedi lib. II, sez. 1ª, cap. 1.

soggetta alle leggi della Luigiana, il suo diritto già perfetto non può essere invalidato sol perchè la nave arriva in un porto in cui la tradizione è necessaria alla traslazione di proprietà.

339. Passiamo a discorrere della cessione delle cose incorporali, e in particolare dei diritti e delle azioni su di una cosa che trovasi in commercio; cessione che equivale ad una vendita, quando è fatta mediante un prezzo determinato in denaro.

La trasmissione dei crediti, dei diritti attivi, e di ogni cosa incorporale costituisce una cessione nel più esteso significato di questa parola, e può essere fatta a titolo gratuito e a titolo oneroso. Noi intendiamo occuparci solamente della cessione a titolo oneroso che costituisce una specie di vendita. Un' azione personale pura e semplice, un'azione personale a termine o condizionata,[1] un' azione reale come l'azione in rivendicazione,[2] l'azione mista come il diritto di ricompra,[3] un diritto di rescissione, i crediti, i privilegi e in generale qualunque cosa incorporale può essere ceduta mediante un prezzo determinato in denaro, e può sorgere il dubbio circa la legge che deve regolare tale negozio e i diritti e gli obblighi del cedente, del cessionario, del debitore principale.

340. Per decidere se sia o no valida la cessione di un diritto o di un'azione si deve in generale applicare la legge personale del proprietario di quel medesimo diritto. Le cose incorporali infatti non si possono localizzare, e sono indivisibili dalla persona che ne è in possesso, quindi secondo la legge che regola la persona si deve decidere se un diritto sia o no cedibile. Qualora la legge

[1] L. 17, Dig., *De hæred. vel. act. vend.*, XVIII, 4.
[2] L. ult., Cod., *De hæred. vel act. vend.*, IV, 39.
[3] Dalloz, *Vente*, 914. Arrêt de Torino, 17 germinal, anno XII.

personale non contenga disposizioni formali che autorizzino o proibiscano la cessione, per decidere se il trasferimento di un determinato diritto sia o no valido, bisogna attenersi al carattere ed alla natura del diritto in questione, allo scopo pel quale è stabilito, alle condizioni del suo esercizio, all'analogia che può presentare con altri diritti, dei quali la legge autorizza o vieta espressamente la cessione.

Notiamo però che la cessione di un diritto equivale alla trasmissione del potere esclusivo di esercitare le azioni che servono a rendere giudiziariamente efficace il diritto stesso. Se fosse ceduto un diritto reale o un diritto personale sopra cose immobili, o sopra cose mobili determinate nella loro individualità, è secondo la legge del luogo in cui si trovano le cose sulle quali il cessionario vuole esercitare il diritto che deve decidersi se la cessione possa essere efficace. Quindi la cessione del diritto di uso o di abitazione non può essere efficace in Italia contro la disposizione della legge nostra che lo proibisce (*art. 528*). E se secondo la legge personale del cedente la cessione non fosse vietata, e il cessionario avesse pagato un prezzo, si applicheranno gli stessi principii che si applicano alla vendita di un oggetto che è in commercio secondo la *lex loci contractus* e fuori di commercio secondo la *lex rei sitæ*. Questo principio vale per la cessione di qualunque diritto reale.

La legge nostra, per esempio, che permette di vendere un'eredità, proibisce la vendita dell'eredità futura (*art. 1460*). La prima condizione infatti per la validità della cessione dei diritti successorii, è che vi sia una eredità aperta e che il venditore garantisca la sua qualità di erede.[1] I patti sulla successione futura fu-

[1] Pothier, *Vente*, n° 526; Troplong, *Comment.*; Codice Napoleone, art. 1696; Perez, *Prél. sur le cod.*, L. 4, tit. 59, n° 1.

rono considerati contrarii ai buoni costumi anche dai sapienti giureconsulti romani.[1] Se giusta la legge del presunto erede tali patti non fossero proibiti, ed egli avesse venduta la successione futura mediante il pagamento di una somma, il cessionario non potrebbe far valere il titolo della cessione per surrogare l'erede ed adire l'eredità in Italia, perchè tale cessione proibita dalla nostra legge non può essere efficace. *Viventis nulla est hæreditas*, e la vendita dell'eredità quando non vi sia eredità è nulla. Però se la cessione sia valida secondo la legge nazione del presunto erede, il cessionario potrà innanzi ai magistrati della sua patria ripetere il prezzo pagato, e anche i danni ed interessi, a menochè non risultasse che abbia comprato in mala fede e a suo rischio e pericolo.

341. La cessione dei crediti merita speciale considerazione pel trasferimento di proprietà del credito ceduto.

Secondo la legge nostra il trasferimento della proprietà di un credito è perfetto tra le parti col consenso reciproco sulla cosa e sul prezzo. A ciò non è necessario, nè che il debitore intervenga, nè che sia trasferito il possesso del credito mediante la consegna del documento che prova il credito o il diritto ceduto; la proprietà si acquista di diritto fra le parti come in qualunque altra vendita, e il cedente è obbligato ad eseguire la sua obbligazione, già completa, mediante la consegna del documento, nella stessa guisa che il venditore è tenuto a fare la tradizione. Il trasferimento di proprietà però non è opponibile nè rispetto ai terzi, nè rispetto al debitore stesso, che quando la cessione sia notificata al debitore, o quando questi l'abbia accettata con atto autentico. (Codice civile italiano, *art. 1538-40.*)[2]

[1] L. 7, Dig. *De hær., vel act. vendit.*; L. 15, Cod., *De pactis.*

[2] Il Codice Napoleone à disposizioni analoghe, art. 1689-91; Confr. Troplong, *Vente*, nº 877 e seg.; Zaccaria, § 559.

Nella legislazione scozzese prevalgono gli stessi principii;[1] al contrario secondo le leggi inglesi la cessione senza notificazione trasferisce la proprietà del credito anche rispetto ai terzi. La notificazione al debitore è necessaria solamente per sgravare il debitore dall' obbligo di pagare al cedente, in modo che se il debitore, ignorando la cessione, pagasse al primitivo creditore o ad un terzo cui il debito sia stato assegnato, non è tenuto a nulla rispetto al cessionario; ma se il credito sia sequestrato da un terzo nelle mani del debitore prima della notificazione, e, *pendente lite*, il debitore riceva notizia della cessione, può eccepire contro colui che operò il sequestro, e questi non à nessuna preferenza sul cessionario.[2] Questa dottrina prevale anche nel Massachussets.

Supponendo che un credito sia stato ceduto in un paese retto dalle prime leggi, e che sia sequestrato prima della notificazione in un paese retto dalle seconde leggi, può elevarsi il dubbio se per l' efficacia della cessione rispetto ai terzi si debba applicare la legge del domicilio del creditore o quella del debitore.[3]

342. Lord Kames osserva che un credito non è un *corpus* capace di alcuna posizione locale, ma un *jus incorporale:* nondimeno considerando che è un oggetto in possesso del creditore, se deve ammettersi una finzione, è più naturale localizzarlo al domicilio del creditore che a quello del debitore. Da ciò conchiude che nel caso di conflitto di legislazioni deve prevalere la legge del creditore. Quando il creditore cede volontariamente il suo credito secondo la legge della sua patria, il cessionario acquista un giusto titolo per domandare a pre-

[1] Burge, *Comment. on colon. and foreign Law*, parte 2ª, cap. 20.
[2] Story, *On equity of jurispr.*, § 421 a; *Conflict of Law*, § 396.
[3] Confr. Rodenburg, *De diversitate stat.*, tit. 2, cap. 5, § 16.

ferenza il pagamento dovunque, e il suo titolo deve essere considerato perfetto *jure gentium*, per la nota massima: *mobilia non habent sequelam.*[1]

A risolvere la proposta questione osserviamo che rigorosamente parlando non si può dire che la cessione operi il trasporto del diritto, perchè il diritto su di una cosa incorporale è inerente alla persona che ne è investita, e non può trasferirsi ad un'altra. È vero che il diritto del defunto passa alla persona dell'erede, ma ciò perchè questi sostituisce la persona a cui succede, e la rappresenta in tutti i diritti che le appartengono. Nel fatto della cessione il creditore cede tutte le ragioni che à contro il suo debitore e la facoltà di agire contro di lui, ed il cessionario col titolo acquista la facoltà di farlo valere contro il debitore e di agire contro lui non come mandatario ma come un *procurator in rem suam*. Dobbiamo dunque distinguere nella cessione due cose, il trasferimento del titolo e della facoltà di farlo valere: il modo di esercitare l'azione e tutto ciò che è necessario affinchè la cessione sia efficace rispetto al debitore e rispetto ai terzi. Il primo è retto dalla legge del domicilio del creditore che à in suo possesso il titolo: il secondo da quella del domicilio del debitore. È vero infatti, come dice Lord Kames, che il credito è nel possesso del creditore, ma non è men vero che esso non è esigibile che al domicilio del debitore.

Da questa distinzione fondata sulla natura del negozio giuridico noi deduciamo che della notificazione al debitore nel caso di cessione di cosa incorporale, si deve discorrere cogli stessi principii che della tradizione e della trascrizione nel caso di vendita di cose corporali. Quindi se fosse diversa la legge del domicilio del cre-

[1] Kames, *On equity*, B. 3, cap. 8, § 4; Huber, *De conflictu legum*, L. 1, tit. 3, § 9.

ditore, o quella del debitore, noi opiniamo che per l'obbligazione personale tra cedente e cessionario si deve applicare la legge del domicilio del creditore, e questa regolerà in ogni caso l'*actio ex empto* in favore del cessionario, la garanzia a cui è tenuto il cedente, il prezzo minimo pel quale il diritto si poteva cedere, la rescissione per causa di lesione, e tutto ciò che deriva dalla natura del contratto per le obbligazioni reciproche tra cedente e cessionario. Per decidere poi dell'efficacia della cessione rispetto ai terzi, e dei diritti reciproci fra cessionario e debitore, si deve applicare la legge del domicilio del debitore. Dimodochè se questa richieda la notificazione al debitore come necessaria alla presa di possesso del credito rispetto ai terzi, il cessionario non può pretendere prima della notificazione di essere sostituito al cedente rispetto al debitore, nè può ottenere che il suo diritto sia preferito a quello dei terzi che acquistarono un diritto tra la cessione e la notificazione.

Supponiamo che un credito di un inglese esigibile in Italia contro un italiano sia stato ceduto in Inghilterra senza notificazione al debitore, e sequestrato da un terzo nelle mani del debitore. È certo che se il debitore paga al terzo creditore del cedente, o se questo stesso arriva a ricuperare il suo credito, il debitore non è tenuto a nulla rispetto al cessionario. Se dopo il sequestro, ma prima che il debito sia ricuperato, il cessionario notifichi al debitore che il debito gli fu ceduto, egli non può pretendere di essere preferito a quello che operò il sequestro e ottenere la proprietà della totalità della somma cedutagli, ma potrà solo domandare e ottener quella parte per la quale il credito non rimane colpito dal sequestro, e dovrà poi rivolgersi contro il cedente per ottenere il resto e i danni e interessi.

Se colui che à ceduto il credito fosse insolvente e il cessionario avesse pagato un prezzo per l'inefficace cessione, la notificazione fatta al debitore dopo il sequestro varrà soltanto come opposizione riguardo al sequestrante. Il cessionario come creditore chirografario del cedente potrà concorrere col sequestrante in proporzione del credito di quest'ultimo, e di quello che egli à diritto di esigere dal cedente pel prezzo pagato e per i danni e interessi per causa di evizione, ma non potrà impedire gli effetti del sequestro avvenuto. Se non tutto il credito sia colpito dal sequestro, la notificazione varrà dal giorno in cui fu fatta o nel quale il cessionario avesse ottenuto l'accettazione autentica, e la parte libera cadrà in proprietà del cessionario, e qualora posteriormente alla notificazione o accettazione si fossero fatti nuovi sequestri da parte dei terzi, essi non darebbero ai nuovi sequestranti alcun diritto sulla quota spettante al cessionario nella ripartizione da farsi fra lui e il primo sequestrante, perchè il suo titolo diventa efficace in Italia dopo la notificazione o l'accettazione. Notiamo però che come il primo sequestrante sarà tenuto ad ammettere i nuovi sequestranti al reparto del proprio dividendo, egli avrà diritto di reclamare dal cessionario, che non è verso di lui che un creditore opponente, la bonificazione della differenza in meno della somma che riceverà in seguito di questo reparto, di fronte a quella che avrebbe ottenuto, se la totalità del credito fosse stata divisa fra lui, il cessionario e i nuovi sequestranti.[1]

Il fondamento di questa dottrina è che dell'efficacia della cessione rispetto ai terzi si deve giudicare

[1] Confr. Zaccaria, § 559 *bis*; Troplong, *Vente*, nº 926; Marcadé, art. 1690, nº 3; Toullier, t. VII, nº 285; Duranton, nº 500; Paris, 9 fév. 1837, 18 mars 1839, 26 juin 1843 (Sirey, 1839, 2, 262; 1839, 2, 482; 1843, 2, 523); Cass. franc., rej. 18 juin 1843 (Sirey, 1843, 1, 908).

secondo la legge del domicilio del debitore, non secondo quella del luogo in cui divenne perfetta la cessione. Quindi del valore e dell'efficacia dell'accettazione o della notificazione dopo che il credito ceduto sia stato sequestrato, si deve giudicare secondo la legge del luogo in cui la notificazione doveva esser fatta, e in cui si è verificato il sequestro, perchè ciò appartiene piuttosto al modo di esecuzione che alla natura dell'obbligazione. Secondo la legge nostra la proprietà del credito non passa al cessionario riguardo ai terzi che coll'adempimento della formalità della notificazione o dell'accettazione e perciò la notificazione tardiva non può peggiorare i diritti già acquistati dal primo sequestrante.

Per la stessa ragione, se si tenga ferma la medesima ipotesi, si dovrà per tutti i diritti ed obblighi tra cessionario e cedente, applicare la legge inglese, ma per i diritti ed obblighi tra cessionario e debitore, e per gli atti che il cessionario può fare per conservare rispetto ai terzi il credito ceduto, si deve applicare la legge nostra.

I principii esposti nella parte generale e le applicazioni che ne abbiamo fatte in questo capitolo sono sufficienti a nostro avviso per risolvere i conflitti di legislazione che possono sorgere a proposito dei contratti di permuta, di locazione, di enfiteusi, di pegno. Degli altri contratti speciali non stimiamo necessario discorrere partitamente, e ci limitiamo ad esporre nel seguente capitolo qualche questione cui può dar luogo il contratto e la lettera di cambio.

CAPITOLO IX.

Della legge che deve regolare il contratto e la lettera di cambio.

343. Natura del contratto di cambio, e legge che deve regolarlo. — 344. Capacità a trarre una lettera di cambio. — 345. Legge che deve regolarne la forma. — 346. Legge che deve regolare le azioni e obbligazioni delle parti interessate. — 347. Legge che deve regolare le obbligazioni fra traente e benefiziario. — 348. Legge che deve regolare il contratto fra traente e trattario. — 349. Del contratto fra girante e giratario. — 350. Accettazione per intervento. — 351. Avvallo. — 352. Questione che può sorgere circa il trasferimento della proprietà di un effetto. — 353. Legge secondo cui si deve determinare la ragione dell'interesse quando la cambiale non è pagata alla scadenza. — 354. Questioni che possono sorgere circa le conseguenze giuridiche che derivano dall'accettazione della cambiale. — 355. Dei danni e interessi e del cumulo dei ricambii. — 356. Azione contro il trattario. — 357. Azione contro il traente e i giranti. — 358. Principii coi quali si deve decidere se si possa esercitare l'azione collettiva contro il traente e i giranti. — 359. Condizioni che si devono verificare per esercitare l'azione. — 360. Termini entro i quali si deve esercitare l'azione.

343. Il contratto di cambio[1] è una convenzione mediante la quale uno dei contraenti assume l'obbligo di far pagare una certa somma in un luogo determinato per un valore che gli è dato o promesso in un altro luogo. Questo contratto è sinallagmatico e consensuale e si perfeziona perciò col consenso delle parti.

[1] Del contratto e della lettera di cambio usata ai giorni nostri non si trova alcun vestigio nel diritto romano. Alcuni vogliono che la lettera di cambio sia stata introdotta dai Lombardi, altri dai Fiorentini; certo è che furono adoperate le cambiali nel XIV secolo. Vedi Pothier, *Contrat de change*, n° 6.

La forma del contratto di cambio, l'obbligazione personale delle parti, gli effetti giuridici e le azioni ed eccezioni che ne derivano, devono essere regolati dalla legge del luogo in cui il contratto divenne perfetto. I principii esposti per la vendita e per la cessione si possono applicare a tale contratto che è una specie di vendita, di cessione, di permuta, e l'azione personale contro quello che si obbligò a far pagare una certa somma in un luogo determinato, e il modo per costringerlo all'adempimento della sua obbligazione traendo una lettera di cambio o sottoscrivendo un biglietto all'ordine, devono essere regolati dalla *lex loci contractus*.

Notiamo solamente che qualora il banchiere si fosse riservato il diritto di esigere un prezzo di cambio, che oltrepassi il limite legale dell'interesse secondo la *lex loci contractus*, la convenzione non potrebbe invalidarsi per questo motivo. Il contratto di cambio non si può confondere col contratto di prestito, nè le disposizioni che proibiscono l'usura possono applicarsi al prezzo del cambio e della commissione, il quale può eccedere il limite legale dell'interesse lecito, senza che ne resti viziato il contratto. Per la capacità poi delle persone obbligate, si deve applicare la loro legge nazionale, e secondo questa si deve decidere se un contratto di cambio fatto da una donna che non è mercantessa, o da un minore non commerciante[1] debba avere l'effetto di una semplice promessa. Notiamo finalmente che per la prescrizione delle azioni ed eccezioni che possono nascere da tale contratto si devono applicare i principii comuni,[2] non quelli che regolano la prescrizione delle azioni che nascono dalla lettera di cambio e dai bi-

[1] Pardessus, *Contrat de change*, n° 361; Nouguier, *Lettre de change*, t. II, p. 404; Massé, n° 544.

[2] Cassaz. francese, 19 gennaio 1813, Dev., 13, 1, 208.

glietti all'ordine, i quali sono ben distinti dal contratto di cambio.

*344. L'obbligazione che deriva dal contratto di cambio, si adempie ordinariamente traendo una lettera di cambio, la quale consiste in un atto scritto colle forme legali, pel quale una persona dà ad un'altra il mandato di pagare una somma determinata a quello che è designato nell'atto, o a chi eserciterà per lui i suoi diritti.

Della capacità speciale a trarre una lettera di cambio si deve giudicare secondo la legge personale del traente.[1] È stato deciso però che uno straniero che in un biglietto all'ordine da lui sottoscritto si dice domiciliato in Francia, non può opporre ai terzi portatori la nullità della sua obbligazione per la ragione che al momento in cui la sottoscrisse egli era minore secondo la legge del suo paese.[2] Un tal principio potrebbe applicarsi nel caso in cui il minore si fosse fatto credere maggiore, abusando della buona fede dell'altro contraente, perchè quand'anche non si possa dimostrare che tale condotta costituisca un delitto di truffa o di abuso di confidenza, il minore non può essere ammesso a invalidare la sua obbligazione per difetto di età.[3] È stato pure deciso che una legge speciale personale o un rescritto del sovrano che proibisce a certe persone della famiglia reale di sottoscrivere lettere di cambio, non può avere effetto fuori dei limiti territoriali del potere da cui emana.[4]

*345. Nessun dubbio che il principio *locus regit*

[1] Pardessus, *Droit comm.*, nº 1482 *bis*; Nouguier, t. I, p. 475; Foelix, § 64, *Droit privé international*.

[2] Paris, 15 oct. 1834 (Seller), Dev., 34, 2, 657.

[3] Vedi nº 189 e seg.

[4] Paris, 26 nov. 1850 (Jeanisset), Dev., 50, 2, 666

actum si deve applicare per determinare le forme riconosciute dalla legge essenziali alla validità di tale atto. Quindi una lettera di cambio, fatta nella Scozia, in cui non sia indicato il giorno del pagamento, sarà valida, perchè secondo quella legge tali lettere si considerano valide e pagabili a vista.[1] Lo stesso deve dirsi della forma della gira, dell'accettazione, del protesto, per la validità dei quali atti si dovrà applicare la legge del luogo in cui ciascuno di essi fu fatto. Così, per esempio, per decidere se pel trasferimento della proprietà sia sufficiente la gira in bianco, se la promessa di accettare provata con testimoni, o la parola *visto* con la firma del trattario valgano per accettazione, se le parole adoperate rendano l'accettazione semplice o condizionata, o se certi atti equivalgano ad accettazione tacita, come se il trattario avesse tenuto la lettera di cambio per un tempo più o meno lungo senza osservazione.[2]

Se le parti vogliono seguire per la forma la legge del luogo in cui la lettera di cambio dev'esser pagata, lo possono, perchè il principio *locus regit actum* è facoltativo, non imperativo. Se due inglesi, dice il Nouguier, residenti in Francia sottoscrivono una lettera di cambio pagabile in Inghilterra senza la formula *valore ricevuto*, tale lettera sarà valida, perchè si presume che le parti per tacito accordo si sieno riferite alla legge inglese secondo la quale la detta formola non è necessaria.[3] È stato giudicato però che la forza probante di una lettera di cambio dev'essere valutata secondo la legge del

[1] Confr. Merlin, *Répert.*, v. *Lettre de change*, § 2, n° 8, e v. *Prôtet*, § 9; Pardessus, n° 1485; Nouguier, t. 1, p. 447; Vincens, t. II, p. 182. Vedi pure il capitolo 6 di questa sezione.

[2] In Prussia l'accettazione verbale può dar luogo all'azione di garanzia, e se quello sul quale è tratta ritiene la cambiale tutta la notte senza alcuna osservazione, la si considera accettata.

[3] Tomo 1, p. 477.

luogo in cui dev' essere pagata, non secondo quella del luogo da cui fu tratta.[1]

346. Per determinare poi la legge che deve regolare le varie obbligazioni e azioni che possono derivare da una lettera di cambio, è necessario distinguere i parziali contratti cui dà origine tale negozio, il luogo in cui ciascuno di essi diventa perfetto, il luogo in cui ne è destinata l' esecuzione.

Il principale contratto è quello che segue fra il traente che crea la lettera di cambio ed il benefiziario in favore del quale la lettera è creata. Questo è un contratto di vendita, di cessione, di permuta, e come tale deve considerarsi pure il contratto tra girante e giratario. Il contratto fra traente e trattario è di mandato e commissione; quello tra il portatore della lettera e l' accettante è una cauzione solidale in virtù della quale l' accettante s' appropria le obbligazioni del traente; quello fra il traente e l' accettante per intervento, un quasi contratto *negotiorum gestorum;* quello finalmente fra il portatore e il datore di avvallo, una cauzione solidale. A ciascuno di questi contratti si deve applicare la legge del luogo in cui diviene perfetto, per determinare le obbligazioni reciproche delle parti e le azioni ed eccezioni che ne derivano; e la legge del luogo in cui deve verificarsi l' adempimento, per tutto ciò che si riferisce all' esecuzione delle obbligazioni medesime.

347. Il contratto fra traente e benefiziario diviene perfetto nel luogo in cui è creata la lettera di cambio, e secondo la legge di quel paese si devono determinare, salvo convenzione contraria, le obbligazioni reciproche che derivano dalla natura del contratto, dalla legge, o dalla consuetudine. Quindi l' estensione dell' obbligazione

[1] Cass. fran , Rej., 10 août 1813 (Schwendt), Dev., 14, 1, 3.

di uno che à ricevuto o deve ricevere una somma di argento o di altri valori in un luogo, e che deve far pagare una data somma in un luogo diverso mediante una lettera di cambio, e la garanzia cui è tenuto, e ciò che deve fare da parte sua, perchè la lettera sia accettata e soddisfatta alla scadenza, e le obbligazioni di quello che dette o promise dare i valori, e le azioni ed eccezioni reciproche devono essere rette dalla legge del luogo in cui fu creata la lettera di cambio.

Secondo la stessa legge si dovrà determinare se il traente per conto altrui sia personalmente tenuto verso il portatore e i giranti, e verso il trattario,[1] e il termine entro cui il benefiziario deve presentare la lettera all'accettazione, e l'obbligo di costatare col protesto il rifiuto di accettazione o il rifiuto di pagamento, e le conseguenze giuridiche che derivano dall'inadempimento. Quindi se secondo la legge del luogo in cui fu creata la lettera di cambio, il traente è sgravato quando in caso di protesto tardivo provi che vi era provvista di fondi alla scadenza, ciò deve valere quand'anche diversamente disponesse la legge del luogo in cui la lettera doveva esser pagata. La ragione è perchè l'obbligazione del traente è sotto questo rispetto condizionata. Egli si obbliga a garantire il pagamento, ma colla tacita condi-

[1] Secondo la legge nostra (*Codice comm.*, art. 201) il traente per conto altrui è personalmente obbligato verso i giranti ed il possessore; la provvista dei fondi dev' essere fatta da quello per conto del quale la lettera è tratta. In Francia prima della legge del 19 marzo 1817 che à modificato l'art. 115 del Codice commerciale, il traente per conto altrui era personalmente obbligato anche verso il trattario e poteva essere costretto a fare la provvista di fondi o a giustificarsene (Cass., Rej, 27 avril 1812, Leignadier). Posteriormente però è stato giudicato che quando dalla corrispondenza tra il trattario e quello per conto del quale la lettera è tratta, risulta che il trattario riconosceva il suo vero debitore, il traente per conto dello stesso non è tenuto personalmente verso il trattario (Cass., Rej, 1 déc. 1818, Coudert). Dev., 19, 1, 285.

zione che il benefiziario, o quello a cui lo stesso à ceduto la cambiale, la presenti all' accettazione entro un certo termine, il quale, quando non vi sia convenzione espressa, è quello determinato dalla legge del luogo in cui è creata la cambiale.

È necessario per altro osservare che nei contratti condizionati per decidere se la condizione si possa dire o no verificata, si deve applicare la legge del luogo in cui deve avverarsi la condizione.[1] Perciò nel caso nostro, per tutto ciò che si riferisce al modo di presentare una lettera di cambio all' accettazione, e al modo di costatare il rifiuto di accettazione, o il protesto per rifiuto di pagamento, si deve applicare la legge o la consuetudine del luogo in cui la cambiale dev'essere soddisfatta, e se la detta legge conceda i giorni di grazia a benefizio del trattario, questi varranno nonostante che diversamente disponesse la legge del paese in cui fu fatta la cambiale.[2]

Vogliamo qui notare che qualora una lettera di cambio creata sotto una legge la quale stabilisce i termini fatali per presentarla all'accettazione sia trasmessa dal benefiziario al suo corrispondente con preghiera di farla accettare e di protestarla all' occorrenza, dev' essere dallo stesso presentata all' accettazione e in mancanza egli diviene responsabile se non è pagata alla scadenza. Sopratutto poi se all'epoca in cui gli fu raccomandato di presentare la lettera all' accettazione vi era provvista di fondi.[3] La ragione è che l' inesecuzione di un mandato accettato dà luogo all' azione per danni e

[1] Vedi n° 250.

[2] Kent, *Commentaire*, lect. 59; Chitty, *On bill*, p. 191 (London, 8a ediz.); Pardessus, n° 1495; Massé, *Droit comm.*, n° 591.

[3] Aix, 23 avril 1815 (Contamine); Dev., 13, 2, 277; Rennes, 21 juin 1841 (Gauthier). Confr. Pardessus, n° 583; Nouguier, t. I, p. 220; Dev. c Massé, *Lettre de change*, n° 151.

interessi contro il mandatario, sia o no salariato dal mandante.

Osserviamo finalmente che quando l'accettazione della lettera sia garantita da un terzo senza alcuna condizione, e il portatore per non avere presentata la lettera in tempo debito all'accettazione perde il diritto di agire contro il traente, non si può dire in generale che perda per tal motivo il diritto di agire contro il garante, perchè la garanzia di accettazione non importa per se stessa il mandato forzato di presentare la lettera all'accettazione entro un termine qualunque. Per risolvere tale questione è necessario tener conto degli usi commerciali vigenti nel paese in cui tale garanzia fu prestata; e se secondo tali usi la mancanza della presentazione per l'accettazione fa perdere anche il diritto di ricorrere contro il garante, ciò deve ammettersi, ma fuori di questo caso, quantunque sia perenta l'azione contro il traente, non è perenta quella contro il garante.[1]

348. Il contratto di mandato fra traente e trattario diviene perfetto al domicilio del trattario,[2] e secondo questa legge devono determinarsi le obbligazioni e le eccezioni reciproche; come per decidere se un creditore abbia diritto di trarre una cambiale e in quali casi; se vi sia provvista di fondi, se il trattario abbia diritto di rifiutare l'accettazione; e l'*actio mandati directa* cui può essere tenuto il trattario che acconsentì ad accettare, e l'*actio mandati contraria* che l'accettante può esercitare contro il traente e simili. È stato quindi giudicato che gli effetti di una lettera di cambio devono essere valutati secondo la legge del luogo in cui essa

[1] Confr. Bordeaux, 23 février 1836 (Banque de Bordeaux), Dev., 36, 2, 323.
[2] Vedi n° 248.

doveva esser pagata,[1] e che il giorno della scadenza si deve determinare secondo il calendario in vigore nel luogo in cui il pagamento deve effettuarsi.[2]

Quando il trattario accetta, diventa debitore diretto del portatore della cambiale, e le obbligazioni che egli assume verso lo stesso, e le eccezioni, e i danni e interessi cui può esser tenuto, saranno determinati secondo la legge del luogo in cui si verifica l'accettazione. In conformità di tale principio è stato deciso in Francia che un francese il quale avesse accettato a Londra una lettera di cambio pagabile in Inghilterra, non può opporre anche innanzi ai tribunali francesi che la prescrizione ammessa dalla legge inglese, cioè a dire quella di sei anni che s'interrompe per l'assenza del debitore dal territorio inglese.[3]

349. Il trasferimento di proprietà della lettera di cambio mediante la gira costituisce qualche volta un contratto di cambio puro e semplice, qualche volta un contratto composto di cessione, di traslazione di proprietà e di cambio. Può accadere infatti o che il traente tragga la cambiale sopra se stesso, e la giri a vantaggio di un altro, nel qual caso si verifica un contratto di cambio puro e semplice, ovvero che il proprietario di una lettera perfetta e tratta da un luogo sopra di un altro, la ceda ad una persona che gli dia o gli prometta di dare in quel luogo i valori in cambio della somma che il girante si obbliga di fargli ricevere nel luogo sul quale la lettera di cambio è tratta. Sì nell'uno che nell'altro caso bisogna applicare la legge del paese in cui la cambiale è negoziata, mediante la gira, per tutte le

[1] Treves, 28 avril 1809 (Scillis), Dev., 10, 2, 1; Treves, 4 juill. 1812 (Lindeman).

[2] Bruxelles, 27 germ., anno IX (Cappens) e Cass., Rej., 18 brum. anno XI (Cappens).

[3] Paris, 7 fév. 1839.

conseguenze giuridiche e le obbligazioni reciproche fra girante e giratario.[1] Secondo la stessa legge si dovrà decidere se vi sia traslazione di proprietà,[2] e quindi sarà necessario ritenere l'affermativa se la gira in bianco sia stata fatta in Inghilterra.[3]

Rispetto poi alla cessione notiamo che il girante diventa mallevadore solidale col traente e cogli altri segnatarii della solvibilità del trattario, e quindi dell'accettazione della lettera e del suddetto pagamento alla scadenza, e tutte le obbligazioni di lui come cedente sono rette dalla legge del luogo in cui la cambiale è girata.

Applicando questi principii si deduce che quando una cambiale è negoziata in paesi retti da leggi diverse, una gira fatta nella stessa forma può rispetto al primo giratario essere irregolare ed equivalere ad una semplice procura senza importare trasferimento della proprietà, e rispetto al secondo giratario, cui ulteriormente è stata trasmessa, essere regolare e capace di trasferire la proprietà. Tale, per esempio, sarebbe il caso di una lettera di cambio girata in bianco in Italia, la quale fosse poi girata anche in bianco in Inghilterra. In questo caso la gira sarebbe irregolare rispetto all'italiano e regolare rispetto all'inglese, e il possessore inglese cui l'effetto è stato regolarmente trasmesso, non sarebbe passivo delle eccezioni che il sottoscrittore può opporre al girante italiano al quale egli stesso girò la cambiale, ma in bianco.[4]

[1] Paris, 29 mars 1836 (Aubrey), Dev., 36, 2, 437; Merlin, *Répert.*, *Lettre de change*, § 2, n° 8, v. *Protêt*, § 9; Pardessus, n° 1485; Nouguier, t. I, p. 477; Vinceus, *Legisl. comm.*, t. II, p. 182.

[2] Aix, 29 avril 1844 (Heatfurre), Dev., 45, 2, 114.

[3] Paris, 12 avril 1850 (Castigue), Dev., 50, 2, 533; Rej., 25 sept. 1829 (Arnold), Dev., 30, 1, 151.

[4] Confr. Aix, 29 avril 1844 (Heaturse), Dev., 45, 2, 113; Pardessus, n° 534; Devillen e Massé, *Dictionn.*, v. *Endossement*, n° 74; Nouguier, t. 1, p. 503.

Il possessore infatti di un effetto commerciale girato in bianco o irregolarmente, benchè semplice mandatario, può trasmetterne la proprietà ad un terzo,[1] come avrebbe potuto fare quegli a cui l'effetto apparteneva in realtà. La ragione è perchè essendo la lettera di cambio per la sua natura un titolo di credito destinato ad essere negoziato, la procura non limitata al semplice diritto d'incassare la somma, si può supporre che comprenda anche la facoltà di cedere il titolo.[2] Quegli che cede la cambiale senza esserne proprietario, è responsabile verso il suo committente per avere disposto di un effetto che non gli apparteneva, ma è sempre sottoposto rispetto al suo cessionario alle azioni in garanzia.

Dagli stessi principii suesposti deriva pure che quando la cambiale è successivamente girata in paesi retti da leggi diverse, un girante può in virtù della legge sotto cui si obbliga essere tenuto a maggiori obblighi di garanzia rispetto al suo cessionario, senza che egli abbia le stesse azioni di garanzia verso il suo cedente. La posizione di due giranti che trasmettono la cambiale sotto l'impero di leggi diverse e che quando non fanno alcuna dichiarazione in contrario si riferiscono per presunzione alla legge sotto cui si obbligano, corrisponde perfettamente a quella di due giranti successivi, uno dei quali à trasferito la lettera di cambio con qualche condizione, e l'altro l'à trasmesssa con una gira pura e semplice e senza condizione. Se il primo avesse trasmessa la cambiale colla condizione *senza arresto personale* o *senza conto di ritorno*, e il suo cessionario l'avesse trasmessa con una gira pura

[1] Cass. fran., Rej., 17 déc. 1827 (Deshays), Dev., 28, 1, 255.

[2] Cass. fran., Rej., 20 janv. 1814 (Roy), Dev., 14, 1, 195; Cass., Rej., 20 févr. 1816 (Nabon), Dev., 16, 1, 149; Rej., 12 août 1817 (Saillard), Cass., Dev., 18, 1, 596; Pardessus, n° 554; Savary, *Parere*, n° 1.

e semplice e senza condizione, questi può esser tenuto all' arresto personale e a pagare il conto di ritorno senza che abbia il diritto di agire nello stesso modo rispetto al suo cedente immediato.[1] Lo stesso deve dirsi se la condizione invece di essere espressamente convenuta s' intendesse tacitamente accettata, perche così dispone la legge sotto cui è fatta la gira, come, per esempio, se questa escludesse l'arresto personale per quella somma determinata.

Dobbiamo finalmente notare che benchè il girante possa assumere, rispetto al suo giratario, maggiori o minori obblighi di garanzia, non può cedere allo stesso maggiori o minori diritti rispetto al traente e all'accettante, e questi si devono determinare sempre secondo la legge del luogo in cui la cambiale fu tratta e accettata, non secondo quella del luogo in cui è stata girata. Il girante infatti non può cedere che i diritti che egli stesso à rispetto al debitore principale e contro tutti gli altri garanti solidali, colla facoltà al cessionario o di esercitarli egli stesso o di cederli ad un altro. Ciò è necessario ben distinguere per determinare la legge che deve regolare il ricorso e le azioni tra girante e girante e il ricorso e le azioni dei giratarii contro il traente e il trattario, come diremo in seguito.

350. L' accettazione per intervento è un quasi-contratto che si chiama *negotiorum gestorum* e che diviene perfetto nel luogo in cui il terzo per fare onore al traente o ad uno dei giranti interviene e accetta o paga la cambiale. Le condizioni essenziali a questo modo di accettazione, i casi nei quali l' intervento può aver luogo, e gli effetti che ne derivano devono determinarsi secondo la legge del paese in cui l'intervento si verifica,

[1] Confr. Douai, 4 août 1847 (Verdavainne), Dev, 48, 2, 725.

la quale reggerà pure l'*actio negotiorum gestorum* e l'*actio negotiorum gestorum contraria*. Quindi se tale legge oltre il protesto per parte del portatore richieda un nuovo protesto che si chiama protesto d'intervento, questo sarà necessario. Notiamo però che il termine entro cui quegli che interviene è tenuto ad esercitare l'azione, deve fissarsi secondo la legge del luogo in cui fu creata la cambiale. La ragione è che egli subentra nei diritti del portatore, e non può rendere peggiore la condizione del traente esercitando l'azione *negotiorum gestorum* contro di lui in un tempo più lungo di quello in cui poteva esercitarla il portatore della lettera di cambio. Si deve quindi seguire la regola *qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

351. L'avvallo è una garanzia tutta speciale, mediante la quale colui che lo sottoscrive diventa garante solidale per tutte le obbligazioni della persona in favore della quale è dato l'avvallo. In qualunque luogo sia dato l'avvallo, poichè la persona che lo dà è obbligata in solido, e nello stesso modo che il traente, il girante e l'accettante, perciò le obbligazioni della persona che dà tale garanzia devono essere determinate dalla legge medesima che regola le obbligazioni della persona in favore della quale la garanzia vien concessa. La legge del luogo in cui l'avvallo è sottoscritto può valere solamente per le questioni che possono sorgere dalla forma della sottoscrizione. Esso infatti può essere modificato colla convenzione delle parti, può esser dato per una parte sola del debito, per un tempo limitato, in favore di una certa persona sotto condizioni determinate, con l'esclusione di certi modi di procedura, e in certi casi si può anche dubitare se debba esser considerato come una semplice cauzione. Poichè tutte queste restrizioni possono essere espresse nella forma che piace alle parti, i giudici, cui

appartiene nel caso d'incertezza di determinare gli effetti dell'avvallo secondo le regole comuni d'interpretazione, devono tener conto della legge e della consuetudine del luogo in cui l'avvallo fu sottoscritto, tutte le volte che il dubbio sorga per la forma della sottoscrizione.

352. Passiamo a trattare qualche questione speciale per fare l'applicazione dei principii generali già esposti i quali valgono per gli effetti commerciali negoziabili, salvo però le modificazioni che derivano dalla loro natura diversa.

Qualora un biglietto sia sottoscritto in un paese la legge del quale permetta di negoziarlo e trasferirlo mediante gira, e sia poi girato in un altro paese nel quale non è riconosciuto il trasferimento della proprietà di tale effetto mediante la gira, può sorgere la questione se il portatore possa nel suo proprio nome esercitare l'azione. Quantunque il biglietto fosse originalmente negoziabile, pure pel principio che degli effetti della gira si deve giudicare secondo la legge del paese in cui essa si è verificata, il giratario non potrà agire in suo proprio nome innanzi ai tribunali di quel paese in cui l'effetto fu trasferito mediante gira, in contradizione della legge che non riconosceva la validità di tale trasferimento. È stato però deciso che il giratario possa farsi attore nel paese in cui fu sottoscritto il biglietto, e che non sia valida eccezione quella che il trasferimento del titolo si sia verificato in un altro paese ove non era riconosciuto, perchè secondo la legge originale del contratto e la presunta intenzione delle parti, il trasferimento dev'essere efficace innanzi alla legge sotto cui il biglietto ebbe origine colla qualità di essere negoziabile e trasferibile mediante gira.[1]

[1] Chitty, *On bill.* ch. 6, p. 218 (London, 8ª ediz.); Kames, *On equity*, B. 3, ch. 8, § 4.

Supponiamo l'ipotesi contraria che cioè un biglietto sia sottoscritto in un paese in cui non sia trasmissibile per mezzo di gira, e che sia girato in un paese la legge del quale permetta trasmetterlo mediante gira. Per giudicare dell'efficacia del trasferimento rispetto ai terzi conviene applicare i principii svolti circa la cessione dei crediti. Dalla Corte di New-York fu deciso il caso seguente. Un biglietto fatto a Connecticut pagabile ad *A* o all'ordine suo, ma secondo la legge di quello Stato non trasmissibile mediante gira, fu girato in New-York ove era permesso girarlo. Il giratario si fece attore in New-York contro quello che aveva sottoscritto il biglietto, e l'eccezione di questo fu rigettata. In quella circostanza la Corte disse che secondo i principii universalmente accettati i contratti giusti e legittimi secondo la legge del luogo in cui sono fatti devono essere sanzionati dal tribunale; che la *lex loci contractus* può valere per determinare la natura e gli effetti giuridici di un contratto, non per decidere chi possa essere attore in giudizio; che essendosi il debitore obbligato di pagare al benefiziario, o all'ordine, l'azione non poteva essere negata al giratario.[1] In questo caso però si potrebbe dire che le parole *all'ordine* contenevano implicitamente la negoziabilità del biglietto. Può quindi stabilirsi come regola generale che qualora un biglietto originalmente non negoziabile fosse stato trasferito mediante gira, circa l'efficacia del trasferimento fra le parti si deve applicare la legge del luogo in cui il biglietto fu girato, ma per l'efficacia rispetto ai terzi sarà necessario tener conto dei principii già esposti per la cessione dei crediti.[2]

353. Supponiamo che una lettera di cambio sia tratta

[1] Story, *Conflict of Law*, § 357.
[2] Vedi n° 340 e seg.

in Italia su Londra e girata in Parigi, in New-York, in Boston, e che non sia pagata alla scadenza. A primo aspetto sembrerebbe che per determinare la ragione dell' interesse cui sono tenuti il traente e i giranti debba applicarsi la legge inglese. Il pagamento infatti doveva effettuarsi a Londra, ivi si è verificata la mora, e secondo quella legge deve determinarsi la ragione dell' interesse, che sarebbe perciò del 5 %. Tale però non è a nostro avviso la giusta soluzione. Il traente e il girante non si obbligano a pagare una somma in un' altra piazza, ma a garantire l'accettazione e il pagamento della lettera in un luogo determinato, e in mancanza a restituire i valori o la somma ricevuta nel luogo in cui stipularono il contratto di cambio. La ragione dell' interesse moratorio deve determinarsi quindi secondo la legge di ciascun paese in cui si verificarono i singoli contratti di cambio, e perciò sarà del 6 % pel traente e pel girante di Parigi, del 20 % pel girante di New-York, del 10 % pel girante di Boston, secondo le leggi dei rispettivi paesi.[1]

354. Qualora una lettera di cambio tratta sul paese *A* sia stata accettata nel paese *B*, per tutte le conseguenze giuridiche che derivano dall'accettazione, si deve applicare la legge del luogo in cui la lettera fu accettata. E bisogna notare che il contratto di accettazione si considera perfetto, secondo dice il Casaregi, *eo loco quo ultimus in contrahendo assentitur*,[2] quindi se l'accettante è domiciliato in un luogo ed accetta in un altro paese una lettera pagabile altrove, le conseguenze giuridiche dell'accettazione si devono determinare secondo la legge del paese in cui la lettera fu accettata. Tutto ciò poi

[1] Confr. n° 262; Pardessus, n° 1500; Kent, *Comment.*, lect. 44; Massé, n° 620.

[2] *Discurs. legal.*, 179, n° 1.

che si riferisce al pagamento ed alla moneta in cui dev' essere fatto e alle conseguenze che derivano dal deposito preceduto da offerta, è regolato dalla legge del luogo in cui deve farsi il pagamento della cambiale.[1] Anche la ragione dell' interesse cui può esser tenuto l' accettante se non paga la lettera alla scadenza, deve determinarsi secondo la legge del luogo in cui la lettera dev' essere pagata non secondo quella del paese in cui fu accettata.

In Manchester (*Inghilterra*) fu tratta sopra una Ditta stabilita a Boston (*Massachussets*) una lettera di cambio pagabile a Londra e fu accettata in Manchester da un socio della Ditta che si trovava in quella città. Non essendo stata la lettera pagata alla scadenza sorse la quistione se tale lettera tratta accettata e pagabile in Inghilterra dovesse considerarsi come un contratto inglese e retto quindi dalla legge inglese, o se invece dovea considerarsi come cambiale accettata a Boston ove la Ditta era stabilita; e quindi se la ragione dell' interesse dovesse essere del 10 % secondo la legge del Massachussets o del 5 % secondo la legge inglese. La Suprema Corte di New-York in casi analoghi à deciso che tale contratto si deve considerare come contratto inglese, e che in mancanza di pagamento l' interesse dev' essere del 5 % secondo la legge inglese. La Corte del Massachussets al contrario à deciso che essendo la ditta domiciliata a Boston l' accettazione di un socio in qualunque luogo si fosse verificata non muta la natura del contratto, il quale si deve considerare fatto nel luogo in cui la ditta à la sua sede principale, e quindi che la ragione dell' interesse dovesse essere del 10 %.[2]

[1] Confr. il cap. 5 di questa sezione; Massé, *Droit comm.*, n° 610; Pardessus, n° 1495; Story, § 308, 313 b; Alauzet, t. II. n° 900.

[2] Story, § 319-20.

La proposta quistione non può esattamente risolversi collo stesso principio, perchè implica due quistioni ben distinte: la prima è se tale contratto deve considerarsi come contratto inglese, o come contratto stipulato a Boston; la seconda è se la ragione dell'interesse deve determinarsi secondo la legge inglese, o secondo la legge di Boston. Quanto alla prima, se il socio abbia accettato per la Ditta il contratto, si deve questo considerare come fatto nel luogo in cui la Ditta è stabilita, per la ragione che tutte le obbligazioni contratte da un socio per conto della società si considerano perfette nel luogo in cui la società à la sua sede permanente. Da ciò però si può conchiudere solamente che la responsabilità e gli obblighi della Ditta, in conseguenza dell'accettazione, devono valutarsi secondo la legge di Boston, ma non ne segue che la ragione dell'interesse in caso di protesto dovesse valutarsi colla stessa legge, imperocchè il pagamento dovea effettuarsi a Londra, e la ragione dell'interesse in caso di mancanza di pagamento si deve determinare secondo la legge inglese, non secondo quella di Boston.

Vogliamo notare finalmente che qualora in un effetto commerciale negoziabile e pagabile a scadenza fissa non sia stato specificato il luogo del pagamento, si deve considerare come pagabile dovunque si trova il debitore principale alla scadenza, e quindi la ragione dell'interesse in caso di mora si deve determinare secondo la legge del luogo in cui il pagamento è domandato e rifiutato. Per tutto ciò poi che si riferisce alla natura del contratto primitivo e agli obblighi del debitore principale si deve applicare la legge del luogo in cui il contratto divenne perfetto, perchè non si può presumere che le parti abbiano potuto riferirsi ad un'altra legge diversa.

355. Una delle conseguenze che deriva dalla mancanza di pagamento di una lettera di cambio è il risarcimento dei danni. Il possessore di una lettera protestata può trarre una nuova lettera di cambio, colla quale si rimborsa del capitale della lettera protestata, delle spese sopportate e del nuovo cambio che paga, lo che dev'essere specificato nel conto di ritorno che deve accompagnare la rivalsa. Quegli, su cui è tratta la rivalsa, può farne un'altra sul suo girante, e così successivamente, finchè si arriva al traente. Secondo certe legislazioni i ricambii si possono cumulare: così è secondo la legge inglese.[1] Al contrario la legge francese (*art. 183, Cod. comm.*) ed altre non permettono di cumulare i ricambii. Può elevarsi la quistione se una lettera tratta in un paese in cui è ammesso il cumulo dei ricambii, e girata e pagabile in un paese in cui tale cumulo non è permesso, possa dar luogo al cumulo dei ricambii contro il traente e contro i giranti.

Le obbligazioni del traente, come dicemmo, devono essere regolate dalla legge del luogo in cui la lettera di cambio fu fatta. Se il traente firma la cambiale dando facoltà al benefiziario di negoziarla a suo rischio e pericolo, deve garantire il pagamento e sopportare tutti i danni che derivano dal rifiuto di pagamento. Quindi se secondo la legge sotto cui si obbligò, egli è tenuto a sopportare il cumulo dei ricambii come pena dell'inadempimento, sembra certo che egli debba essere a ciò condannato, anche quando fosse diversa la legge del luogo in cui la lettera dev'essere pagata.

Rispetto ai giranti che trasmisero successivamente la lettera di cambio in paesi retti da leggi diverse, il Pardessus opina che sieno tenuti pure a sopportare il

[1] Westoby, *Resumé de la legisl. angl.*, p. 206.

cumulo dei ricambii e ragiona nel seguente modo. Il cumulo dei ricambii è evidentemente la pena dell' inadempimento dell' obbligazione solidale del traente e dei giranti di far pagare la lettera. Nella stessa guisa che il traente dà facoltà di negoziare la lettera a suo rischio e pericolo, e si obbliga a rimborsare i ricambii accumulati in caso d' inadempimento, ciascun girante che garantisce il pagamento, dà la stessa facoltà ed assume gli stessi obblighi verso il girante susseguente. Potrebbe dirsi egli è vero che non si può presumere che ciascun girante prometta più di quanto contiene la gira da lui sottoscritta, o che si suppone contenuta per disposizione della legge sotto cui la cambiale fu trasmessa, ma non è sotto questo punto di vista che si deve considerare la quistione. L'obbligazione dei danni-interessi formò parte della convenzione tra traente e benefiziario. Ciascun girante si rese mallevadore delle obbligazioni del traente, e può quindi esser costretto a pagare i danni-interessi come il traente stesso in caso che la lettera non sia pagata alla scadenza. [1]

Il Massé al contrario sostiene che il traente e i giranti i quali sottoscrissero la cambiale in un paese in cui il cumulo dei ricambii era autorizzato dalla legge, sono tenuti anche quando la cambiale sia pagabile in un paese in cui il cumulo non è permesso: ma che i giranti che trasmisero la lettera sotto una legge che non ammette tale cumulo, non possono a ciò esser tenuti. La ragione che egli ne dà, è, che la gira costituisce un atto distinto e che per i suoi effetti rispetto al girante dev'essere valutata e apprezzata secondo la legge locale. Le gire fatte in Francia, ove il cumulo dei ricambii non è permesso, non possono sottomettere il girante a sopportarne l'onere per la sola ragione che la lettera fu

[1] *Droit comm.*, n° 1500.

tratta e girata originariamente a Londra, ove tale cumulo è permesso dalla legge.[1]

A noi pare che tanto nell'una quanto nell'altra opinione sia una parte di verità.[2] Supponiamo che una cambiale sia tratta da Londra su Marsiglia a vantaggio di *A* francese, il quale la giri in Francia ad un Inglese, il quale la negozi in Inghilterra; in modo che la cambiale innanzi della scadenza sia trasmessa prima ad Inglesi, poi a Francesi e sia protestata. Se il portatore, che può agire o individualmente contro il traente e ciascuno dei giranti o collettivamente contro essi, preferisca rivolgersi contro il Francese suo cedente immediato e rimborsarsi con la rivalsa, e il cedente si rivolga contro il suo girante francese, e così di seguito, finchè si arrivi al traente, ciascun girante dovrà sopportare per le gire sottoscritte in Francia soltanto il ricambio da girante a girante. La legge francese infatti non permette il cumulo dei ricambii, nè per autorizzarlo rispetto ai giranti francesi può essere una sufficiente ragione che la lettera di cambio fu creata sotto una legge che permette cumulare i ricambii. I ricambii però si accumuleranno per le gire fatte in Inghilterra, e il traente, che in ultimo può esser citato per pagare l'ammontare del capitale e delle spese di ritorno, deve sopportare anche il cumulo dei ricambii secondo dispone la legge inglese.

Supponiamo invece che il portatore della lettera protestata, valendosi del diritto di rivolgersi a suo piacimento contro l'uno o l'altro degli obbligati, si rivolga contro il girante inglese e questi contro il suo cedente, che dal canto suo agisca contro *A* girante francese. In tal caso non può quest'ultimo rifiutarsi di sopportare il cumulo dei ricambii avvenuto tra i giranti inglesi.

[1] Massé, *Droit. comm.*, n° 622.
[2] Cfr. Sent. del Trib. di Genova, 17 agosto 1811 (Delucchi), Pasicrisie.

È vero infatti che il Francese girò la lettera in Francia, e che si deve applicare la legge francese per le gire sottoscritte in Francia; ma essendo egli divenuto garante solidale, e come tale obbligato nella stessa guisa che il traente a pagare tutte le spese che sono la pena dell'inesecuzione, l'estensione dei danni e interessi di cui si rese mallevadore va determinata, applicando la legge del paese in cui la convenzione fu originalmente fatta.

Così, se nella prima ipotesi il traente inglese non sodisfi la rivalsa e tutte le spese di ritorno, e il portatore citi il girante francese, questi può essere condannato a pagare anche i ricambii accumulati in Inghilterra, perchè è garante solidale degli obblighi del traente.

Facendo l'ipotesi contraria, che cioè la cambiale, tratta da Marsiglia su Londra, sia negoziata prima in Francia, poi in Inghilterra e poi protestata, i giranti inglesi possono essere condannati a sopportare fra loro il cumulo dei ricambii; ma a ciò non può essere tenuto il traente nè i giranti francesi, per la ragione che i danni e interessi cui si obbligò il traente sono quelli contemplati dalla legge sotto cui egli ha contrattato; ed è sempre la legge del paese, da cui fu tratta la cambiale, che deve applicarsi per determinare l'estensione dell'obbligazione del traente e i danni e interessi in caso di mancato pagamento.

* 356. Quando la lettera di cambio non è pagata alla scadenza, il portatore a cui la lettera fu girata, o quegli che l'à pagata per intervento, à diritto di agire contro tutti coloro che hanno sottoscritta la lettera stessa, i quali sono solidariamente obbligati al pagamento, a meno che gli effetti di tale solidarietà non sieno modificati o dall'incapacità di quelli che sottoscrissero o dalla legge sotto cui si obbligarono.

Se la lettera sia stata accettata, il portatore deve esercitare l'azione preliminare contro il trattario, il quale è divenuto debitore diretto e principale della somma indicata nella lettera da lui accettata, e tale azione deve esercitarsi in conformità della legge del paese in cui si verificò l'accettazione della cambiale. Anche quando la lettera non fosse stata accettata, e il portatore volesse agire o esercitando i diritti del traente, o in virtù di una promessa di accettazione, o come mandatario nel suo proprio interesse, instituendo, per esempio, la prova della provvista di fondi, egli dovrebbe esercitare la sua azione in conformità della legge del paese in cui si doveva verificare l'accettazione, perchè quella è la legge che regola le obbligazioni reciproche fra traente e accettante e fra il benefiziario o portatore della lettera e l'accettante.

357. L'azione del portatore contro il traente e i giranti è un'azione sussidiaria perchè essi sono obbligati a garantire il pagamento, e a pagare quando sia costatato il rifiuto di pagamento del debitore principale, che è il trattario. Secondo la legge di alcuni Stati dell'America, come, per esempio, è nell'Illinese, il portatore di una lettera protestata, dopo aver data notizia del protesto al traente ed al girante, deve agire prima contro la persona dalla quale ebbe la lettera, ed intentare l'azione contro di lei per essere pagato. Qualora con questo mezzo non arrivi a ricuperare la somma, può rivolgersi contro il girante.

In tali casi, pel principio che la gira si deve considerare come un nuovo contratto, è stato deciso che il giratario deve esercitare la sua azione in conformità della legge del paese in cui la lettera fu girata. Le due parti infatti che negoziano una cambiale possono aggiungere alla loro convenzione tutte le restrizioni che

non sono in contraddizione coll' essenza del contratto, o colla legge sotto cui si obbligano. Il girante può trasmettere la lettera senza garanzia; o ristringere le sue obbligazioni alle sole garanzie civili, o escludere l'arresto personale, o modificare i diritti del portatore contro di lui. Se secondo la legge del paese in cui la cambiale fu girata il giratario non può agire contro il girante che alla condizione di avere prima intentata la sua azione contro il traente, questa disposizione, che limita e modifica l'esercizio dell'azione che deriva dal contratto di cambio, deve valere nonostantechè sia diversa la legge del luogo in cui la cambiale dev'essere pagata.

Dobbiamo però osservare che se la lettera di cambio sia stata girata nell'Illinese, e poscia girata in un paese retto da leggi diverse, la limitazione può valere tra girante e giratario illinese, ma l'azione del portatore non può essere limitata rispetto ai giranti posteriori che trasferirono la lettera in paesi retti da legge diversa. La ragione è che ciascun girante può assumere rispetto al suo giratario obbligazioni e garanzie maggiori di quelle che egli stesso abbia verso il suo girante.

358. Cogli stessi principii si deve risolvere la questione se il possessore di una lettera di cambio protestata per mancanza di pagamento può esercitare l'azione di garanzia collettivamente contro i giranti e il traente, o se è tenuto ad agire individualmente contro ciascuno di essi.

La legge nostra concede l'azione collettiva;[1] la legge austriaca, al contrario, obbliga il possessore a dividere la sua azione.[2] Se la lettera fu fatta in Italia e poi girata in Austria, il possessore della cambiale avrà l'azione

[1] Codice commerciale, art. 250.

[2] Ordinanza imperiale del 26 aprile 1816; Nouguier, *Des lettres de change*, t. II, p. 162.

collettiva anche contro i giranti austriaci. Della natura infatti dell'obbligazione solidale si deve giudicare secondo la legge del luogo in cui la convenzione fu originariamente fatta, perchè essa appartiene all'essenza dell'obbligazione e costituisce la validità di questa e la sicurezza del creditore. Colui che trasmise la cambiale cedè il suo diritto di esercitare l'azione di garanzia collettivamente contro il traente e contro i giranti; il girante austriaco l'accettò e la trasmise con questo beneficio, e il portatore non può perdere questo diritto per la ragione che la cambiale fu girata ed è pagabile in Austria, e potrà esercitare l'azione di garanzia in conformità della legge sotto cui ebbe origine l'obbligazione solidale primitiva.

Se la cambiale sia stata originariamente fatta in Austria e poi girata in Italia, il portatore non può esercitare l'azione collettiva contro il traente e i giranti austriaci, perchè il cedente non poteva trasmettere un diritto maggiore di quello che egli stesso avea rispetto al traente e ai giranti anteriori. Può però, a nostro avviso, esser dal portatore esercitata l'azione collettiva contro i giranti italiani, non ostante che l'opinione del Massé sia contraria alla nostra.[1] Infatti chi cede un credito che à acquistato, è libero o con convenzioni speciali, o tacitamente, riferendosi alla legge del paese in cui fa la cessione, di determinare l'obbligazione di garanzia che egli assume verso il suo cessionario. È vero che il cedente non può trasmettere al suo cessionario diritti maggiori di quelli che egli stesso à rispetto al suo cedente, ma non è vero che il cedente non possa assumere rispetto al suo cessionario obblighi maggiori.

Come colui che compra senza garanzia può ven-

[1] *Droit comm.*, n° 625.

dere con garanzia, così chi sottoscrive una gira può assumere obblighi di garanzia più o meno estesi secondo la legge del luogo in cui la cessione si verifica, ed è tenuto rispetto al cessionario e a tutti quelli che in seguito diventeranno possessori della cambiale, a tutte le conseguenze che derivano dall'inadempimento, e nel modo prescritto dalla legge sotto cui si obbligò.[1] Per le gire adunque fatte in Italia di una lettera di cambio originariamente tratta dall'Austria si deve ammettere il ricorso collettivo sì in favore del portatore contro i giranti italiani, che in favore di ciascun girante contro i giranti italiani anteriori, perchè della natura dell'obbligazione solidale da essi assunta si deve giudicare secondo la legge del nostro paese in cui la cambiale fu girata.

359. Rispetto poi alle condizioni che devono verificarsi affinchè il possessore della cambiale possa avere l'azione, e rispetto al termine entro cui questa azione deve essere esercitata, notiamo che chi garantisce può apporre alla sua garanzia quelle condizioni che giudica a proposito, e determinare anche il tempo entro cui vuol essere obbligato. Se nulla intorno a ciò è stato espressamente convenuto, si deve presumere che le parti tacitamente si sono riferite alla legge sotto cui si obbligarono. Quindi la legge del luogo in cui seguì la cessione dev'essere considerata come il supplemento della convenzione delle parti, e dev'essere applicata per determinare se l'azione di garanzia possa ammettersi.

Secondo certe legislazioni[2] il portatore di una cambiale è tenuto a presentarla al trattario per l'accettazione e a protestarla per mancanza di accettazione.

[1] Pardessus, nº 1485, 1490.

[2] Codice comm. portoghese, art. 396; Codice comm. spagnuolo, art. 481; Codice comm. italiano, art. 206.

Secondo altre legislazioni[1] il portatore è tenuto a presentare all'accettazione solamente le cambiali pagabili a vista e a dati giorni o usi vista. Certe leggi dispensano il portatore dal fare un nuovo protesto per mancanza di pagamento quando abbia fatto un protesto per mancanza di accettazione o per fallimento del trattario.[2] La legge nostra dispone il contrario.[3] In questi e simili casi è secondo la legge del paese da cui la cambiale fu tratta che si deve decidere se contro l'azione di garanzia sia ammissibile l'eccezione del traente per la mancanza del protesto. Nè vale il dire che essendo l'accettazione un modo di esecuzione e un preliminare di pagamento si deve applicare la legge del luogo in cui la cambiale dev' essere pagata, imperocchè la necessità dell'accettazione e del protesto per mancanza di accettazione tiene più al fondo del diritto che al modo di esercitarlo. Quegli che crea una cambiale sotto una legge che esige che sia presentata all'accettazione del trattario, garantisce il pagamento sotto condizione che il benefiziario profitti della provvista che si trova nelle mani del trattario, esigendo da lui l'accettazione che lo rende debitore diretto e gli impedisce la disponibilità dei fondi che sono presso di lui. La cambiale passa nelle mani dei giratarii successivi colla stessa condizione, e il portatore non può esercitare l'azione che quando la condizione sia stata adempiuta.

*360. Anche per i termini entro i quali il possessore e i giranti devono esercitare l'azione, e trascorsi i quali si considerano decaduti da ogni diritto di ricorso, si deve applicare la legge del luogo in cui si verificò la

[1] Codice comm. francese, art. 160, Loi du 19 mars 1817; Legislazione inglese, Leone Levi, *Commercial international Law*, p. 397 (2ª ediz.)
[2] Nouguier, *Lettre de change*, t. I, p. 480.
[3] Codice italiano, art. 249.

cessione. E qui notiamo che quando l'azione del possessore contro il traente è perenta per la mancanza di una delle formalità necessarie alla conservazione del diritto in se stesso, è perenta anche contro i giranti; ma se il portatore à conservato il diritto di ricorso, facendo costatare il protesto nei termini stabiliti dalla legge del luogo da cui fu tratta la cambiale, e colla forma determinata dalla legge del luogo in cui la cambiale dovea essere accettata e pagata, e volesse esercitare l'azione contro il traente e contro i giranti, deve agire contro il primo nei termini stabiliti dalla legge del luogo da cui la cambiale fu tratta, e contro i secondi nei termini stabiliti da ciascuna legge sotto cui fu fatta la gira.

La ragione è sempre che ciascuno dei contratti fatti mediante la gira, mentre si riferisce al contratto primitivo per la cosa e il diritto ceduto, è un particolare contratto. Il girante può trasferire la cambiale senza garanzia, e può obbligarsi a garantire sotto condizione che in mancanza di pagamento il protesto gli sia notificato, o che egli sia citato entro un certo termine, dopo il quale non intende essere obbligato ad alcuna garanzia. Se nulla di tutto ciò fu espressamente stipulato, significa che la parte si è riferita alla legge sotto cui si obbligò, e secondo questa solamente si deve decidere se egli possa essere passivo di un'azione di garanzia. Questo principio vale ancora per giudicare dei termini entro cui ciascun girante può agire contro il suo cedente o contro i giranti anteriori. Ciascun cessionario della lettera di cambio, mentre ne garantisce solidalmente il pagamento, in quanto all'azione che può contro di lui essere intentata, si sottomette alla legge del luogo in cui contratta la cessione della quale è tenuto a garantire gli effetti.[1]

[1] Pardessus, *Droit comm.*, n° 1499.

Noi quindi concludiamo che i termini entro i quali può esercitarsi il ricorso individuale contro il traente e contro i giranti devono determinarsi secondo la legge sotto la quale si obbligarono o traendo la lettera o girandola.

Se poi il possessore volesse esercitare il ricorso collettivo contro il traente e i giranti, dovrà agire contro ciascuno di essi nel termine fissato dalle singole leggi sotto cui si obbligarono.[1]

[1] Il nostro Codice commerciale dispone:

« *Art.* 252. Se è protestata una lettera di cambio tratta da una piazza del regno e pagabile in paese estero, il possessore deve agire contro il traente e i giranti residenti nel regno nel termine

» di novanta giorni, se la lettera è pagabile in uno Stato dell'Europa — di cento ottanta giorni se è pagabile in una piazza delle Coste settentrionali dell'Affrica, degli Scali del Levante o del Mar Rosso — di duecento quaranta giorni, se è pagabile in una piazza dell'Affrica o dell'America sui versanti dell'Oceano Atlantico — di un anno, se è pagabile in una piazza dell'America nel versante dell'Oceano Pacifico, od in una piazza dell'Affrica o dell'Asia, sui versanti dell'Oceano Indiano — di diciotto mesi, se è pagabile in una piazza dell'Asia sul versante dell'Oceano Pacifico o in una piazza dell'Oceania. I termini sopra indicati sono raddoppiati in tempo di guerra marittima se la lettera di cambio è pagabile in una piazza con la quale il traffico non si fa in tutto o in parte che per via di mare.

» *Art.* 282. Le azioni relative alla lettera di cambio e di biglietti all'ordine, che non sono semplici obbligazioni, si prescrivono col decorso di cinque anni dal giorno del protesto, e se non vi fu protesto, dal giorno della scadenza. »

CAPITOLO X.

Del fallimento.

361. Opportunità di trattare del fallimento. — 362. Conflitti che possono sorgere circa la capacità del fallito. — 363. Opinione del Rocco. — 364. Distinzione fatta dal Massé. — 365. Teoria del Merlin. — 366. Opinione nostra. — 367. Giurisprudenza. — 368. Conflitti che possono sorgere circa le attribuzioni dei sindaci. — 369. Caso in cui il fallito avesse due stabilimenti in paesi diversi. — 370. Opinione degli scrittori circa la facoltà dei sindaci di alienare i beni esistenti all'estero. — 371. Conflitti che possono sorgere per la graduazione dei creditori del fallito. — 372. Giurisprudenza francese. — 373. Dottrina accettata dai tribunali inglesi e americani. — 374. Teoria dei giureconsulti italiani. — 375. Opinione nostra. — 376. Principii del Casaregi e del Savigny per graduare i creditori del fallito. — 377. Teoria da noi accettata. — 378. Conclusione.

361. Abbiamo stimato opportuno discorrere in questo luogo dei conflitti che possono sorgere nell'applicazione delle leggi sul fallimento, perchè tra le varie e molteplici quistioni meritano una più speciale considerazione quelle relative alle obbligazioni contratte dal commerciante prima o dopo che ei sia dichiarato fallito.

Il fallimento è uno stato eccezionale e una condizione tutta speciale in cui si può trovare unicamente il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti. Secondo che tale stato è la conseguenza di imprudenza, di colpa, o di dolo, il fallimento si denomina *bancarotta* semplice o fraudolenta.[1]

[1] I principii più importanti delle legislazioni moderne in materia di fallimento sono stati attinti dalle antiche legislazioni commerciali italiane. Sei capitoli degli Statuti di Genova, stampati nel 1498 e riformati nel 1588, sono consacrati specialmente a sì importante materia, e formano un codice

362. La prima questione che può sorgere è, se l'individuo che sulla sua dichiarazione, o sull'istanza di uno o di più creditori, o d'uffizio è dichiarato fallito, debba come tale essere considerato dovunque. I seguaci della dottrina degli statuti esaminano, per risolvere tale questione, se le disposizioni di legge in materia di fallimento siano reali o personali, e arrivano a conseguenze opposte dimostrando la prevalenza della personalità o della realtà. Gli uni considerano il fallimento come una *capitis diminutio*[1] ed equiparano il fallito all'interdetto[2] e concludono che essendo tale condizione una qualità personale che affètta lo stato della persona, la legge che vi si riferisce è personale. Una sentenza della Gran Corte Civile di Napoli del 22 dicembre 1854, colla quale ordinò nell'ex-regno delle due Sicilie l'esecuzione di una sentenza di fallimento del Gran Consolato di Torino contro il signor Caumont, è fondata sulla personalità della legge. Altri osservano che tale legge più che allo stato ed alla condizione del fallito provvede agl'interessi dei suoi creditori, ed à per principale oggetto d'impedire che vadano perduti i beni che sono unica loro guarentigia, e di provvedere affinchè siano equamente ripartiti. Da ciò concludono che la legge è reale, e che l'incapacità stessa da cui è colpito il fallito si limita solamente ai beni situati nello Stato in cui si verificò la dichiarazione del fallimento.[3]

363. Il Rocco dimostra che l'obbietto principale e

completo. Nelle leggi di Pisa, di Venezia, di Milano, di Firenze e degli altri Stati italiani vi sono parecchi principii accettati dai Codici moderni. Vedi Stracca, *De decoctionibus*.

[1] Ansaldus, Discur. 38, n° 31, 32; Cardinale De Luca, *De cambiis*, Discur. 32, n° 15; Stracca, parte 3ª, n° 28; Scaccia, *De cambio*, § 2. glos. 3, n° 329, 445.

[2] Foelix, *Droit privé intern.*, n° 89, p. 188 (3ª ediz.)

[3] Rocco, *Diritto civile intern.*, parte 3ª, cap. 31.

immediato dello statuto è il patrimonio del fallito, e che l'inabilità e l'incapacità sono obbietto secondario o piuttosto un semplice mezzo, e ne conclude che, essendo dimostrata fino all'evidenza la realtà dello statuto « il » debitore dichiarato fallito dai tribunali nostrani s'avrà » per tale nel territorio del regno, e quanto ai beni » suoi qui allogati, ma fuori delle frontiere del regno » egli sarà ben altrimenti considerato; la di lui inabilità » svanisce, e il resto della sua fortuna altrove situato » non sarà per tanto similmente avvolto nelle conse» guenze del fallimento. »[1] Il citato scrittore rigetta qualunque distinzione perchè, dice egli, ogni maniera d'incapacità personale del fallito non si può segregare dai suoi rapporti giuridici coi beni.

364. Il Massé invece ed altri distinguono, tra le incapacità che derivano dalla dichiarazione di fallimento, quelle che si riferiscono direttamente alla persona del fallito e quelle relative ai beni. Le prime, come per esempio la proibizione di esercitare la professione di commerciante e di negoziare alla borsa, accompagnano, secondo essi, la persona dovunque perchè gli statuti sono personali. Le seconde valgono solamente nel paese in cui il commerciante dichiarò il fallimento, perchè gli statuti sono reali.[2] Da questi principii il Massé deduce che l'incapacità del fallito non è assoluta ma relativa; e che il commerciante che avesse dichiarato fallimento in Francia può vendere i suoi beni mobili o immobili in paese straniero, perchè la legge che dichiara una persona incapace a fare certi atti rispetto ai beni, colpisce solamente i beni che sono sotto il suo dominio, e

[1] Op. cit. (ediz. di Livorno, 1859), p. 539; Confr. Casaregi, Discursus 130, n° 17.
[2] Massé, *Droit comm.*, n° 546.

non può estendersi ai beni situati altrove.[1] Per la stessa ragione, dice egli, il fallito può fare all'estero pagamenti validi, nel senso, cioè, che tali pagamenti non possono essere annullati nel paese in cui furono fatti perchè l'incapacità non si può riferire agli atti fatti e eseguiti in paese straniero.

365. Il Merlin, lasciando da parte l'esame della personalità e della realtà delle leggi sul fallimento, à cercato di risolvere nella pratica le quistioni coi principii dell'equità e della buona fede. Rispetto all'alienazione fatta da un fallito in territorio straniero, egli dice: se il compratore conosceva che il venditore era in istato di fallimento e a pregiudizio dei creditori à comprato, la vendita può essere annullata perchè il compratore diventò complice della frode: ma se avesse comprato in buona fede, o fosse in condizione di provare che il venditore sia stato dichiarato fallito per un falso supposto, la vendita non può essere annullata, e i creditori del fallito non possono evincere la cosa alienata, quand'anche rendessero esecutoria la sentenza che dichiara il fallimento, perchè questa non potrebbe retroagire con pregiudizio del compratore.[2]

366. La dottrina del Merlin non offende i principii di equità come quella del Massé, il quale ammette come regola generale che il fallito può alienare validamente e fare pagamenti in paese straniero. Dobbiamo osservare però che la questione principale è, se il fallito sia o no capace ad alienare, e questa non è risoluta neppure dal Merlin.[3]

È certo infatti che secondo la legge nostra (*Codice Commerciale, art. 551*) e secondo la legge francese (*ar-*

[1] Loc. cit., nº 557, 809.
[2] Merlin, *Répert.*, voce *Faillite*, sect. II, § 2, art. 10, nº 111.
[3] Confr. De Chassat, *Des statuts*, nº 259.

ticolo 443) e altre legislazioni affini, la sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data e di diritto il fallito dell'amministrazione dei suoi beni e di quelli che gli pervenissero durante lo stato di fallimento. Questo effetto è così assoluto e immediato che deriva *ipso facto* e senza che sia necessaria alcuna disposizione particolare nella sentenza stessa.[1] Tutti gli atti del fallito posteriori alla data della sentenza che avessero per oggetto la disposizione dei suoi beni, sono nulli; e si noti bene che la maggioranza dei giuristi per decidere della validità di tali atti non si preoccupa affatto se i terzi che contrattarono erano o no in buona fede. La ragione che essi ne danno è che nel fatto si tratta di una quistione di capacità, non di una quistione di buona fede, e nella stessa guisa che un contratto fatto da un minore o da un interdetto con un terzo che ignorava tale stato di minorennità e d'interdizione è annullabile, così gli atti fatti dal fallito dopo che è stato privato dell'amministrazione dei beni sono nulli, nonostantechè i terzi ignorassero la sentenza e fossero più o meno distanti dal luogo in cui fu pronunciata.[2] Per risolvere quindi la questione se gli atti del fallito, coi quali dispone dei suoi beni in paese straniero sieno efficaci, è inutile discutere della personalità o realità degli statuti. Tale quistione particolare rientra in una quistione più generale, se cioè gli effetti e le conseguenze giuridiche, le quali derivano da una sentenza che dichiara il fallimento, debbano valere nei limiti territoriali dello Stato in cui fu dichiarato il fallimento,

[1] Confr. Pardessus, *Droit comm.*, nº 1116; Massé, nº 1179; Casaregi, Discur. 55, nº 15; Roccus, *De decoctione*, nº 156, nota 15.

[2] Cassaz. franc., 8 octobre 1806 (Dassin C. Hervier); Dalloz, 8, 69. Rejet, 15 mai 1835 (Pellegrino C. Bels); Dev., 35, 1, 707; 20 juillet 1846; Dev., 46, 1, 875; Confr. Renouard, t. I, p. 292; Massé, nº 1192; Dalloz, *Rèpert.*, voce *Faillite*, nº 187.

o se invece debbano essere efficaci anche in territorio straniero.

Le antiche teorie fondate sul principio dell'isolamento degli Stati non sono applicabili ai tempi nostri, e conviene sostituirne una più equa per tutelare i creditori e impedire che il fallito faccia in qualunque luogo atti a loro svantaggio. Il fallito che dalla data della sentenza è privato dell'amministrazione dei suoi beni, ed è dichiarato incapace a fare atti e contratti validi rispetto a quei beni medesimi, l'amministrazione dei quali è affidata ai sindaci, deve essere come tale considerato dovunque, in modo che le conseguenze della sentenza sotto questo rispetto devono valere all'estero come all'interno dello Stato. Ciò si può stabilire direttamente coi trattati, ma anche indipendentemente da questi i tribunali dei diversi Stati debbono nella giurisprudenza sanzionare principii equi per formare un diritto comune in questa materia.

*367. In contradizione dell'esposta teoria evvi una sentenza della Corte di Colmar dell'11 marzo 1820, colla quale fu deciso che lo straniero dichiarato fallito nel suo paese non deve come tale essere considerato in Francia, e che un creditore francese può personalmente citarlo innanzi al tribunale francese senza che il sindaco del fallimento possa opporre la sua incapacità.[1] Anche la Corte di Bruxelles decise che un negoziante francese dichiarato in istato di fallimento da un tribunale della Francia, può validamente contrattare e obbligarsi nel Belgio per modo che i sindaci non possano opporre la sentenza di fallimento contro il belga che à contrattato con lui.[2]

[1] Dev., 1826, 2, 124. Vedi pure Foelix, nº 568; Rejet de la Cour de Cass. de Paris, 29 août 1826; Cour Royale de Paris, nella causa James Lindsay; Sirey, 1836, II 428 in nota.

[2] 25 mars 1820 (Petitain) Pasicr.

Però la Corte di Cassazione di Parigi décise che gli atti stipulati dal fallito in paese straniero dopo la sentenza che dichiarò il fallimento, non possono essere validi in Francia e che i conti correnti si arrestano alla data della sentenza, qualunque sia la distanza che separa il fallito e colui col quale esiste il conto corrente.[1] Noi aggiungiamo che le conseguenze le quali derivano da una sentenza che dichiara il fallimento, e la inabilità da cui il fallito rimane colpito rispetto ai suoi beni debbono essere efficaci dovunque, non già perchè la legge sia personale, ma pel generale principio che deve informare tutta la materia, che cioè il commercio è cosmopolita, e la giusta ed equa distribuzione dei fondi del fallito interessa tutto il mondo commerciale.

*368. Sono discordi i giuristi nel risolvere la questione se i sindaci nominati dal tribunale del fallito abbiano qualità per procedere dovunque esistano i beni del fallito; e se sia necessario far dichiarare esecutoria la sentenza di fallimento, e il decreto di loro nomina dal tribunale del luogo in cui vogliono agire nell'interesse della massa dei creditori. Il Merlin risponde affermativamente alla prima parte della questione e noi dividiamo la sua opinione. I sindaci infatti si devono considerare come veri mandatarii e procuratori nominati nell'interesse della massa dei creditori, e nella stessa guisa che una procura valida è efficace anche in paese straniero, così la procura ottenuta in conseguenza di un giudizio, che è per se stessa autentica, dev'essere efficace dovunque i sindaci vogliano far valere la loro qualità. Il sindaco del fallimento, dice il Merlin, si deve considerare rivestito di una regolare procura, e può validamente agire anche in paese straniero nella stessa guisa che il

[1] Cass., 13 mai 1835, Dev., 35, 1, 707.

curatore dell'assente o il tutore del minore.[1] Nè è necessario di far rendere esecutoria la sentenza di fallimento e il decreto di nomina per agire, riscuotere crediti, vendere gli effetti mobili, transigere nelle contestazioni e simili.[2]

Il Massé riporta una sentenza della Real Corte d'Aix dell'8 luglio 1840, con la quale il sindaco di un fallimento dichiarato a Modena fu autorizzato ad agire contro un debitore francese, non ostante che la sentenza di fallimento non fosse stata resa esecutoria.[3] Questo principio, secondo osserva il Demangeat, deve valere anche quando il fallimento sia stato dichiarato dal tribunale straniero malgrado l'opposizione del fallito o dei suoi rappresentanti, perchè in questo caso la sentenza non si deve considerare come una condanna, ma come un mandato dato dal giudice straniero ai sindaci.[4] Molte quistioni però possono sorgere rispetto all'efficacia di una sentenza di fallimento in paese straniero, specialmente poi quando un creditore contestando lo stato di fallimento volesse agire in contradittorio e la questione entrasse nel dominio della giurisdizione contenziosa, ma di ciò noi ci occuperemo di proposito in altro trattato nel quale discorreremo dei giudizii e delle competenze.

369. Per quello che si riferisce alla facoltà dei sindaci di alienare i beni del fallito situati in territorio straniero e far rientrare il prodotto della vendita nella massa,

[1] Merlin, *Répert.*, voce *Faillite*, sect. 2, § 2, art. 10; Confr. Foelix, n° 468.

[2] Sentenze della R. Corte di Bordeaux, 10 febbraio 1824 (Sirey, 24, II, 119) e 22 dicembre 1847 (Dev., Car. 1848, II, 228). Vedi pure Merlin, *Répert.*, voce *Faillite*, e la Sentenza della Corte Suprema di Bruxelles, 21 giugno 1820.

[3] Massé, *Droit commercial*, n° 809; Aix, 8 juillet 1840; Dev., 41, II, 363.

[4] Demangeat, nota (*a*) al numero 468 del Foelix.

cominceremo dal notare che se il fallito avesse due stabilimenti commerciali distinti, l'uno nel luogo in cui dichiarò il fallimento, l'altro in paese straniero, anche senza opposizione del fallito, i sindaci non avrebbero alcun diritto per agire in virtù della loro qualità e domandare ai rappresentanti della casa straniera il rendiconto, o fare atti di qualunque natura per far rientrare nella massa i beni ivi esistenti, nè i rappresentanti della casa straniera del fallito sarebbero tenuti a riconoscere i sindaci nominati. Il Merlin riporta una sentenza della Corte di Bruxelles del 6 giugno 1816, la quale stabilisce chiaramente il principio nella specie seguente. Giovanni e Giorgio Outhwaites fratelli avevano due distinte case di commercio una a Londra, l'altra a Anversa. Avendo la casa di Londra dichiarato fallimento, i sindaci nominati domandarono il rendiconto alla casa d'Anversa, i rappresentanti si opposero; il tribunale in prima istanza ammise la domanda dei sindaci, la Corte superiore la rigettò. Tra le altre ragioni è detto: *Attendu qu'en tout cas il n'appartiendrait pas à aucun autre juge que le tribunal de commerce d'Anvers de connaître de l'état de cette Maison, comme étant immédiatement et exclusivement soumise à sa juridiction, d'en déclarer la faillite, le cas échéant, d'y établir des syndics, d'y statuer et pourvoir de la manière prescrite par le Code de commerce....*[1]

Aggiungiamo altresì che se un commerciante avesse due stabilimenti di commercio distinti in due paesi diversi, e dichiarasse fallimento per entrambi, si dovrebbero formare due masse distinte, e le operazioni delle due masse rispetto ad un creditore comune non si dovrebbero confondere, nè i sindaci dell'una massa potrebbero ingerirsi delle operazioni degli altri. In Francia è

[1] Merlin, *Répert.*, voce *Faillite*, sect. 11, art. 10.

stato deciso nel caso di un fallito che aveva due stabilimenti, uno in Francia e l'altro all'estero, che un creditore il quale avea rivendicato una partita di merci da una massa non poteva essere obbligato a riportarne il valore all'altra massa.[1] S'intende bene però che il principio vale solamente quando i due stabilimenti di commercio sono distinti, non già quando lo stabilimento di commercio fosse un solo e all'estero esistesse solamente una succursale, nel qual caso uno dovrebbe essere il fallimento ed una sola la massa.[2]

370. Qualora poi il fallito possedesse in territorio straniero dei beni e non vi avesse casa di commercio, la maggioranza dei giuristi sostiene che i sindaci al fallimento non possono amministrare quei beni, nè farli vendere. Il Pardessus dice che ciò può essere concesso solamente in forza di un trattato, ma che in mancanza di questo i creditori dovrebbero agire innanzi ai tribunali del luogo ove si trovano i beni del loro debitore, e farvi dichiarare il fallimento secondo le leggi di quel paese. E se quel tribunale si rifiutasse? Il Pardessus stesso risponde: *il pourra même arriver que le refus de ce tribunal de faire cette déclaration, présente le résultat, bizarre en apparence, mais très-légal, d'un homme déclaré failli en France et non failli en Angleterre ou en Belgique.*[3] Questo risultato, egli continua, è inevitabile, nella stessa guisa che in caso di successione può accadere che la qualità di erede sia riconosciuta in un paese e negata in un altro.

Il Massé arriva alla stessa conseguenza argomentando dalla realtà dello statuto. *La faillite en dessaisissant le failli de l'administration de ses biens, en attribuant à*

[1] Colmar, 27 août 1816 (Schachtrupp.) Pasicr.
[2] Bruxelles, 15 août 1851, Pas. Bel.
[3] Pardessus, *Droit comm.*, n° 1488 *bis.*

la masse des créanciers les droits individuels de chaque créancier, constitue un statut réel, qui ne peut affecter que les biens situés dans le territoire du juge qui a déclaré la faillite: il faut en conclure qu'il ne suffirait pas de déclarer exécutoire en France le jugement étranger pour soumettre les biens situés en France et les actes faits et consommés en France au régime de la faillite. Egli conchiude: *Il faudrait de plus que la faillite déjà déclarée en pays étranger fût déclarée en France, et pour cela que le failli y eût un établissement de commerce, une résidence, ou du moins qu'il eût fait des actes de commerce qui le rendissent justiciable des tribunaux français.*[1]

371. La dottrina di questi scrittori non è da accettarsi. Infatti colla confusa teoria della personalità e della realtà non si può convenientemente risolvere la proposta quistione, ma è necessario invece esaminare la natura e l'indole propria di tale istituto, lo scopo a cui è ordinato, e gl'interessi reciproci dei popoli commercianti. Tutti ammettono che i creditori sì nazionali che stranieri devono concorrere nel giudizio di fallimento, e che la sentenza che dichiara il fallimento, che nomina i sindaci, che autorizza la cessione dei beni, che li ripartisce fra i creditori, à autorità per tutti i creditori del fallito. Per l'indole stessa del fallimento, e per l'interesse di tutti i creditori è indispensabile, a nostro avviso, ammettere l'unità e l'ubiquità del giudizio. Tanto più perchè i creditori non possono esercitare l'azione personale contro il debitore in tutti i luoghi in cui esistono i suoi beni, e nel paese straniero può mancare la giurisdizione a ciò competente.

Il sindaco che sotto la sorveglianza, e coll'autoriz-

[1] Massé, *Droit comm.*, t. II, n° 809 in fine, p. 78 (2ª ediz.)

zazione del tribunale vende i beni del fallito non fa che un atto esecutorio di una sentenza pronunciata, o un atto preparatorio di una sentenza da pronunciarsi, e si deve considerare perfettamente come il curatore nominato in giudizio. Il vero reciproco interesse degli Stati consiglia di proteggere e rispettare le decisioni e le sentenze delle autorità giudiziarie dei rispettivi paesi, e poichè il giudizio di fallimento non può farsi che al domicilio del fallito, spetta al magistrato, che istruì tutta la procedura, il decidere se certi beni mobili o immobili devono vendersi e se devono, o no, rientrare nella massa; altrimenti si arriva al pratico inconveniente di scindere l'unità del giudizio su di una materia identica, e di dar luogo al bizzarro risultato che in certi casi può mancare il giudice competente per fare un giudizio speciale nel paese in cui i beni del fallito si trovano. Ammettiamo solamente che la vendita degl'immobili debba essere fatta colle forme e coi modi stabiliti dalla *lex rei sitæ*, e che il magistrato locale deve autorizzarla rendendo esecutoria la sentenza che dichiara il fallimento, e concedendo che si proceda all'espropriazione forzata

372. La più importante quistione però è quella che può sorgere qualora nel luogo, in cui i beni si trovano, vi fossero creditori del fallito che avessero acquistati diritti, o avessero fatti atti di esecuzione sui beni ivi esistenti, e vi fosse una diversità fra la legge del paese in cui il fallimento è dichiarato, e quella del luogo in cui esistono i beni. Può accadere altresì che i creditori stranieri avessero crediti privilegiati o ipotecarii garantiti dai beni esistenti nel loro paese, e che nella graduazione dei creditori vi fosse una diversità fra la *lex rei sitæ* e quella del fallimento. Questa è la più grave delle difficoltà per conciliare l'unità e l'ubiquità del giudizio di fallimento cogl'interessi del sovrano territoriale e coi

diritti acquistati dai cittadini sotto l'impero della legge territoriale, e nel risolverla è grande il disparere dei giuristi e diversa la giurisprudenza stabilita dai tribunali.

Supponiamo che dopo la sentenza che affida ai sindaci l'amministrazione dei beni del fallito nell'interesse della massa, un creditore straniero sequestri nel suo paese una parte della proprietà. Saranno in questo caso i sindaci ammessi a ricuperare la proprietà sequestrata contro colui che fece il sequestro? La Corte di Liege decise (17 giugno 1839) che il regnicolo creditore di un fallimento dichiarato in paese straniero non è tenuto a far verificare i suoi crediti al tribunale del fallimento, e che può sequestrare contro i sindaci i crediti e i beni del fallito nel proprio paese. *Considérant que cette faillite a été déclarée et a son siége en pays étranger; qu'en pareilles circonstances l'appelant avait le droit de faire saisir en Belgique les biens de son débiteur; qu'il serait contraire à tous les principes de renvoyer un régnicole à une vérification de créance en pays étranger où ses droits pourraient être remis en question et jugés d'après une législation différente de celle que nous régit....*[1]

La Corte di Cassazione di Parigi decise che un debitore del fallito non può opporre a un terzo cessionario di quest'ultimo la dichiarazione di fallimento avvenuta in paese straniero, e che non sia stata sanzionata dal giudice francese.[2]

373. I tribunali inglesi e americani ànno pure lungamente e dottamente discussa tale quistione, e sono arrivati a conclusioni opposte. I primi sostengono uniformemente che la sentenza con cui la proprietà del fallito è assegnata alla massa dei creditori e quindi ai sindaci che la rappresentano à un valore estraterritoriale per tutta

[1] Cour d'appel de Liége, 17 juin 1839 (Kneppen, C. synd. Schlæder).
[2] 29 août 1829; Dev., 1836, I, 428 in nota.

la proprietà mobile del fallito. Parecchie, ma non tutte le Corti americane limitano l'efficacia di tale assegnamento nei confini del territorio in cui il fallimento fu dichiarato.[1]

La dottrina accettata dai tribunali inglesi è fondata sul generale principio che la proprietà mobile non à località, e che è soggetta alla legge del domicilio del proprietario. Nella stessa guisa, dicono essi, che il proprietario può in conformità della sua legge personale volontariamente cedere, vendere o trasferire le sue cose mobili in qualunque luogo fossero situate, così la cessione in *invitum* ma valida secondo la legge personale del proprietario, dev' essere valida dovunque, e quindi la cessione della proprietà mobile in virtù della legge di fallimento dev'essere efficace come se fosse fatta dal proprietario stesso.[2] Aggiungono ancora che nel caso di successione *ab intestato* si applica la stessa regola, e la proprietà mobile in qualunque luogo si trovi è trasmessa secondo dispone la legge del domicilio del proprietario, perchè ivi si presume per finzione di diritto.[3]

Una volta la Corte decise: « Il grande principio della » legge sul fallimento è la giustizia fondata sull' ugua» glianza. Essendo questo il principio di tale legge ne » deriva che tutta la proprietà del fallito dev'essere sotto » l'azione dei sindaci senza considerazione del luogo in » cui si trova la proprietà stessa, tranne il caso che la » legge del paese, in cui la proprietà per avventura si » trova, non ne sia direttamente offesa. »[4] In un' altra circostanza la Corte stessa così si espresse: « Ciascun

[1] Livermore, *Dissertations*, § 223 a 248.

[2] Bell., *Comment.*, B. 8, ch. 2, § 1266; Livermore, *Dissertat.*, § 249-50.

[3] Story, *Conflict of Law*, § 403, 420; Kent, *Comment.*, lect. 37.

[4] « .... whole property of the bankrupt must be under their (the assignes') control, without regard to the locality of that property except in

» individuo può disporre della sua proprietà esistente
» in paese straniero, a menochè la legge del luogo non
» stabilisca direttamente modi particolari di trasferi-
» mento; la cessione della proprietà del fallito vale
» come se fosse fatta volontariamente dal proprietario
» stesso, e quando non lo contraddica la legge locale,
» i sindaci possono disporre delle cose mobili ancorchè
» esistano in paese straniero. »[1]

Fondandosi su questi principii i tribunali inglesi sono arrivati alle seguenti conclusioni: 1° che l'assegnamento della proprietà in virtù di una sentenza che dichiari il fallimento affètta tutta la proprietà mobile ovunque situata; 2° che un sequestro di tale proprietà fatto da un creditore inglese dopo tale sentenza, con, o senza notizia della stessa, è invalido, e per lo stesso principio il sequestro fatto da un creditore straniero è invalido quando il fallimento sia stato dichiarato in Inghilterra; 3° che in ogni evento ad un creditore inglese non può essere garantita la proprietà acquistata in virtù di un giudizio avvenuto in paese straniero per un sequestro fatto colà dopo la sentenza di fallimento: 4° che ad un creditore straniero, non soggetto alla legge inglese, è permesso di ritenere tale proprietà acquistata in virtù di tale giudizio, se la legge locale (benchè inesatta in principio) gli conferisce un titolo assoluto.[2]

cases which directly militate against the particular laws of the country, in which it happens to be situated. » *In Phillips.* v. *Hunter* (2, H. Black, 402, 403). Vedi Goodwine, v. Jones (5, Mass, R. 517); Holmes, v. Remsen, 4, Johns, Ch. R. 460, 470.

[1] In Pot, v. Hunter (4, T. R. 182, 192) « .... no doubt could be entertenaid, but that by the laws of this country, uncontradicted by the laws of any other country, where personal property may happen to be, commissioners of a bankrupt may dispose of the personal property of a bankrupt here, through such property be in foreign country. »

[2] Sill., v. Worswick, 1. H. Black, 691 693. Salomon, v. Ross, 1. H. Black, 151.

I tribunali americani [1] al contrario si appoggiano alle seguenti considerazioni. Evvi, dicono essi, una notabile differenza tra la cessione volontaria della proprietà fatta dal proprietario, e quella che deriva da una disposizione di legge: la prima deve valere dovunque, la seconda deve limitarsi al territorio su cui impera la legge da cui deriva. Su questa distinzione insiste pure assai vivamente Lord Kames.[2] Osservano inoltre che quantunque le cose mobili non abbiano località, ed il proprietario possa disporne secondo la legge del suo domicilio, pure la legge di ciascun paese può regolare il modo di disporre delle cose mobili che si trovano nel proprio territorio, e preferire i creditori locali che fecero un sequestro ai sindaci cui furono assegnate. Il solo sovrano territoriale à il diritto esclusivo di risolvere tale quistione. Dicono in fine che in mancanza di principii di diritto positivo, la regola generale che la proprietà mobile è regolata dalla legge del domicilio del proprietario si deve ammettere colla restrizione di Ubero che cioè non vi sia alcun pregiudizio dello Stato, o dei cittadini che acquistarono diritti. Per queste ragioni essi concludono che non si può ammettere l' efficacia estraterritoriale, e l' ubiquità della legge di un fallimento. [3]

374. Gli antichi giureconsulti italiani ànno pure largamente discusso sugli effetti di un sequestro dopo una sentenza di fallimento. Il Casaregi riporta una lite insorta tra i sindaci di un fallimento dichiarato a Lucca e un certo Gerbone che sequestrò una partita di mercan-

[1] Betton, v. Valentine, 4, Curtis, C. C. 468; Booth, v. Clark, 17, How, 322; Blake, v. Williams, 6, Pick, 286; Olivier, v. Townes, 14, Martin, R. 93, 97 a 400.

[2] Kames, *On equity*, B. 3, cap. 8, § 6.

[3] Vedi Mr. Chief Justice Parson in Goodwin, v. Jones, 3, Mass. R. 517; Kent, *Comment.*, lect. 37; Henry, Appendice alla sua opera *On foreign Law*, p. 251 a 258.

zia del fallito a Verona; egli opina che la legge del luogo in cui il sequestro si verifica deve prevalere nel conflitto fra i due statuti.[1] L'Ansaldo al contrario sostiene l'opposto.[2]

375. Noi siamo per l'invalidità del sequestro. Ammessa infatti l'ubiquità degli effetti che derivano da una sentenza di fallimento per l'interesse reciproco dei commercianti di tutti i paesi, ne segue che il diritto della massa, e quindi dei sindaci che la rappresentano, è anteriore a quello di colui che fece il sequestro e perciò deve applicarsi la regola *qui primus in tempore, potior in jure.* La migliore teoria secondo noi è quella formulata dai tribunali inglesi, e non v'è da farne le meraviglie, perchè in fatto di interessi commerciali l'Inghilterra è a ragione maestra. È vero che ciascuno Stato può preferire i creditori nazionali che sequestrarono la merce, ma questo stesso principio che in certi casi può giovare ai loro sudditi, può in altri casi nuocere, perchè sarebbe sempre in facoltà del fallito di trasportare la merce da un luogo ad un altro, e favorire certi creditori a pregiudizio degli altri.

376. Può accadere però che il sequestro sia stato fatto prima della sentenza di fallimento e che vi sia qualche diversità fra la legge sotto cui acquistò il diritto di preferenza quegli che fece il sequestro, e la legge colla quale il fallimento è dichiarato. La stessa difficoltà può sorgere qualora vi fosse diversità fra le due leggi circa i diritti risultanti dai privilegi e dalle ipoteche per la graduazione dei creditori che concorrono al fallimento. Per risolvere quest'ultimo caso di conflitto in armonia coi principii già esposti ammettiamo come fondamentale la dottrina del Casaregi, il quale distingue opportuna-

[1] *Discursus legales de commercio*, 130, nº 24 e seg.
[2] *Discursus*, II, nº 20.

mente nel concorso dei creditori ciò che appartiene all'ordine del giudizio, e ciò che costituisce propriamente il fondo del diritto, *ordinatoria litis, et decisoria litis.*

Se la legge del luogo in cui il fallimento è dichiarato, dice egli, conceda a tutti i creditori un diritto eguale sui beni del fallito, (come dispone lo statuto di Lucca) e la legge del luogo in cui le merci furono sequestrate conceda una preferenza al sequestrante, (come dispone lo statuto di Venezia) la legge di Lucca sotto cui il fallimento fu dichiarato non può avere autorità per invalidare il diritto acquistato da quello che sequestrò la merce a Verona sotto l'impero di un'altra legge. *Neque pœnitus obstat,* egli continua, *quod judicium universale concursus creditorum fiat in loco debitoris decocti, ubi viget tale statutum, quia cum hujusmodi judicium universale nulla alia ratione fiat, quam ex eo quod unico judicio cognoscantur, et decidantur jura omnium creditorum, ideo ex hoc in nihilo debent diminui creditorum jura, sed ea in decisoriis remanent integra et illæsa, prout illis ante tale judicium de jure competebant. Locus enim judicii, vel forum in quo lis vertit, nullatenus efficit quod jura partium in decisoriis cognoscantur et decidantur secundum illius statuta, ideoque forensis quamvis litiget in alieno loco vel foro, judicari debet, prout de jure comuni, quia talibus statutis in decisoriis non ligantur. Neque novum pariter in jure est, quod in loco judicii sæpe sæpius circa decisoria judicandum sit etiam juxta leges et consuetudines alterius civitatis vel fori.* [1]

Questa dottrina è perfettamente conforme a quella del Savigny il quale molto opportunamente distingue nel giudizio di fallimento ciò che appartiene alla proce-

[1] Casaregi, *Discurs. legal.*, 150, n° 25, 26, 27.

dura e ciò che appartiene ai diritti dei creditori che concorrono. « Il tribunale, egli dice, à per sua mis-
» sione di regolare i diritti di ciascuno dei creditori
» alla massa attiva, e come tale regolamento appartiene
» esclusivamente alla procedura, la sola legge applica-
» bile è quella del paese in cui risiede il tribunale, che
» è lo stesso che quello del domicilio del debitore.[1]

377. Il Magistrato competente a dichiarare il fallimento e a istruire la procedura relativa fino al giudizio definitivo esercita due funzioni ben distinte: la prima comprende tutti gli atti preparatorii per accertare il passivo del fallimento e l'attivo del debitore fallito: la seconda à per scopo di determinare i diritti di ciascuno dei creditori alla massa attiva e arrivare alla divisione dei beni per insufficienza d'attivo. Fra gli atti preparatorii vanno compresi non solo la nomina dei sindaci, l'apposizione dei sigilli, e tutto ciò che si riferisce all'amministrazione del fallimento, ma anche la verifica dei crediti, la quale dev'essere fatta dal giudice del fallimento per tutti i creditori sì nazionali che stranieri, la vendita dei beni del fallito, la quale dev'essere ordinata dal giudice delegato al fallimento e dev'essere efficace per tutti i beni in qualunque luogo si trovino, e tutto ciò che si riferisce alla formazione della massa.

Qualora i beni del fallito si trovino in paese straniero, e colà esistano creditori cui tali beni sieno stati pignorati o ipotecati, dei diritti che possono derivare dall'azione ipotecaria, che può essere esercitata o contro un altro creditore ipotecario possessore della cosa, o da due o più creditori ipotecarii contro il terzo detentore, e della priorità ad essi spettante si deve decidere secondo la *lex rei sitæ*. Se i creditori ipotecarii voles-

[1] Savigny, op. cit., § 374, p. 281 (traduz. Guenoux).

sero esercitare l'azione nel paese straniero in cui i beni sono situati, prima che il tribunale del fallimento avesse ordinata la vendita degl'immobili, il giudice locale procederà all'espropriazione e alla vendita, e il prezzo ricavato lo distribuirà ai creditori ipotecarii secondo la propria legge e il di più lo verserà nelle mani dei sindaci perchè sia aggiunto alla massa. Se il tribunale del fallimento avesse ordinato in conformità della propria legge la vendita e la ripartizione del mobiliare del fallito prima della vendita e della distribuzione del prezzo degl'immobili, e i creditori ipotecarii fossero autorizzati a concorrere alla ripartizione mobiliare, quelli che ànno ipoteca su beni situati in paese straniero potranno pure concorrere. Però il tribunale deve prendere tutte le misure necessarie affinchè le distrazioni che devono essere accordate, in compenso, sul prezzo di tali immobili a vantaggio della massa chirografaria, possano verificarsi. Così, per esempio, può ordinare che le somme spettanti a tali creditori ipotecarii nella ripartizione mobiliare siano versate nella cassa dei depositi, e richiedere che il tribunale del paese in cui i beni sono situati concorra alla operazione del fallimento; o stabilire un termine perentorio ai creditori stessi per esercitare in proprio nome l'azione ipotecaria, per le somme alle quali gl'immobili stranieri sono affetti.[1] Se finalmente i beni ipotecati situati in paese straniero fossero venduti col concorso del magistrato locale e nell'interesse della massa prima che i creditori avessero esercitato l'azione ipotecaria, essi concorreranno cogli altri creditori ipotecarii alla distribuzione del prezzo degl'immobili, ma conserveranno sempre sul prezzo ricavato dalla vendita degl'immobili a loro ipotecati la priorità secondo la *lex*

[1] Confr. Sentenza della Corte di Parigi del 16 luglio 1831 (Pellegrino) Dev., 1831, 2, 260.

rei sitæ non ostantechè fosse diversa la legge del luogo in cui il fallimento fu dichiarato.

Cogli stessi principii si potranno determinare i diritti dei creditori pignoratizii, e in tal modo ottenere l'unità del giudizio, l'uniformità delle decisioni e l'equa distribuzione di tutti i beni del fallito senza pregiudicare i diritti acquistati sotto il dominio di una legge diversa.

378. È d'uopo quindi concludere che in materia di fallimento, per l'ordine e la procedura si deve applicare la legge del luogo in cui il fallimento è dichiarato; per l'accertamento poi dei diritti e la priorità dei creditori, e per la divisione dei beni, i creditori chirografarii i quali ànno un credito e un'azione semplicemente personale, si devono graduare secondo la legge del paese in cui il fallimento è dichiarato; i creditori con ipoteche semplici e privilegiate, senza far dichiarare tanti fallimenti, e formare tante masse quanti sono i paesi diversi in cui i beni si trovano, devono esser graduati, rispetto ai beni ipotecati, dal magistrato del fallimento secondo la *lex rei sitæ*.

Questi principii, secondo ci riferisce il Savigny,[1] sono accettati in Germania, e confermati in parecchi trattati fatti dalla Prussia.[2]

[1] Savigny, *Traité du droit romain*, § 374.

[2] Vedi Trattato con Weimar, 1824, art. 18-22; con Altenburg, Koburg-Gotha; con la Sassonia, 1839, art. 19-21; con Rudolstdat, Bernburgh, Braunschweig.

SEZIONE III.

DIRITTI DI SUCCESSIONE.

I diritti di successione appartengono alla categoria dei diritti patrimoniali, di quelli cioè che generalmente ànno per obbietto il patrimonio, e ne tratteremo in quest'ultima parte per completare l'esposizione dei principii coi quali si possono risolvere i conflitti di legislazioni.

Generalmente si può dinotare col nome di successore colui che con uno dei modi derivati acquista in proprietà un bene appartenente ad un altro, in modo che viene dopo costui, e da tal momento ne esercita i diritti in suo proprio nome. In questo senso la parola *successione* desterebbe l'idea del venir dopo, *sub cedere*, e potrebbe applicarsi a tutti i modi derivati di acquistare. Noi però intendiamo discorrerne nel significato più speciale, in quanto cioè denota la trasmissione della totalità o di una parte aliquota del patrimonio alle persone cui questo è devoluto o per legge o per volontà dell'uomo. In questo senso l'oggetto del diritto di successione sì attiva che passiva è il patrimonio di un uomo che è morto, ossia la totalità dei beni suscettivi di essere trasmessi che appartenevano al defunto nel momento della sua morte, e si chiama eredità: *hæreditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuit.*[1] Frequentemente le parole *eredità*, *successione* si adoperano promiscuamente: colla prima si denota l'oggetto stesso

[1] L. 62, Dig, *De regulis juris*.

della trasmissione, coll'altra la trasmissione dei diritti attivi e passivi di una persona trapassata ad una persona chiamata a raccoglierli.

Il diritto di successione è il più importante dei diritti che derivano dal diritto fondamentale di proprietà, e può essere studiato sotto diversi punti di vista che interessano la vita dei popoli e delle famiglie, e il regime economico e politico delle società costituite: dobbiamo però esclusivamente limitare le nostre ricerche a determinare la legge che deve applicarsi quando il soggetto attivo o passivo del diritto è uno straniero.

CAPITOLO UNICO.

Della legge che deve regolare la successione degli stranieri.

379. **Importanza della questione.** — **380.** Il regime delle successioni presenta notabili diversità presso i varii Stati. — **381.** Entro quali limiti si può sperare l'uniformità tra le leggi diverse. — **382.** Sistema che nega agli stranieri il diritto di successione. — **383.** Rigorose e ingiuste applicazioni fatte in Francia del diritto di albinaggio. — **384.** Esame critico della legge francese del 14 luglio 1819. — **385.** Scrittori che vogliono far regolare la successione degli stranieri dalla *lex rei sitæ*. — **386.** Successione mobiliare. — **387.** Argomenti coi quali si è voluto giustificare il principio *quot territoria tot hæreditates*. — **388.** Esame critico dei principali argomenti. — **389.** Del sistema ereditario secondo il diritto feudale. — **390.** Notabili differenze accettate nel diritto moderno. — **391.** Falso punto di partenza da cui derivano le false teorie circa la successione degli stranieri. — **392.** Soluzione della questione. — **393.** Argomento dei romanisti. — **394.** La successione dev'essere retta dalla legge nazionale del defunto. — **395.** Come tale principio elimina molte contradizioni inevitabili nel sistema contrario. — **396.** Giusta eccezione al generale principio. — **397.** Legge che deve regolare la capacità dei successibili. — **398.** Diritti successorii del figlio legittimato. — **399.** Soluzione della questione innanzi alla legge inglese. — **400.** Diritti successorii del figlio adottivo o naturale. — **401.** Per l'acquisto dell'eredità si deve applicare la *lex rei sitæ*. — **402.** Eredità vacante. — **403.** Principii applicabili alla successione testamentaria. — **404.** Opinione degli scrittori circa la forma del testamento. — **405.** Dottrina ammessa dalla maggioranza. — **406.** Testamento olografo fatto all'estero. — **407.** Interpretazione del testamento. — **408.** Sua efficacia ed esecutorietà.

379. La quistione che ci proponiamo di risolvere è praticamente importante, tanto più perchè le leggi dei diversi Stati discordano in molti punti fondamentali. Il

diritto di successione deve appartenere a determinate persone ad esclusione di tutte le altre, e ammettendo la preferenza dell'una o dell'altra delle leggi che si può applicare può seguirne il rispetto o la violazione del diritto di proprietà, e dei diritti degl'individui che per i loro titoli particolari, fondati sui loro rapporti personali col defunto, devono essere chiamati a raccogliere l'eredità.

La scienza del diritto, in verità, giovandosi degli aiuti di tutte le scienze sociali à chiarito ai giorni nostri la natura del diritto di proprietà e del diritto di successione risolvendo quasi completamente il problema della loro origine, e accennando i principii migliori secondo i quali dovrebbe regolarsene l'esercizio: ma ciò nonostante le disposizioni di diritto positivo in materia di successione sono fra loro disparate, e ci sembra impossibile che si stabilisca un diritto comune. Il diritto di successione è intimamente connesso col diritto di famiglia, il quale non può essere lo stesso per i varii popoli che si trovano in condizioni diverse per civiltà, costumi, tradizioni, usi, e per i varii elementi geografici, etnografici, morali e politici che influiscono sullo svolgimento della loro vita intima. Si può certamente sperare, e lo desideriamo, che alcuni Stati presso i quali si sono conservate fino ai giorni nostri le tradizioni dei tempi barbari e dei tempi feudali, correggano questa parte interessante di legislazione, ponendola in armonia coi risultati della scienza moderna, e che quindi la base e il fondamento delle diverse leggi che regolano il diritto di successione sia sempre più conforme ai principii della filosofia del diritto e della legge naturale, ma l'uniformità perfetta non si potrà mai realizzare, e la quistione proposta avrà sempre una grandissima importanza pratica.

380. Troviamo infatti che soltanto alcune legislazioni seguitando la dottrina dei sapienti giureconsulti romani

riconoscono la successione legittima e la testamentaria e sanzionano la prevalenza di questa su quella. Così dispone il Codice Civile italiano, secondo il quale l'eredità è devoluta o per legge o per testamento, e in modo che non si ammette la successione legittima se non quando manchi in tutto o in parte la successione testamentaria (*art. 720*). Altre invece riconoscono soltanto la successione legittima. Così è, per esempio, il Codice Napoleone il quale, consacrando i principii ammessi dalle antiche consuetudini della Francia[1] e le idee accettate dalla sessione legislativa,[2] stabilì come principio che la qualità di erede non poteva essere attribuita per testamento. Per togliere qualunque equivoco, e far conoscere che gli effetti annessi dal diritto romano al titolo di erede testamentario erano ***interamente distrutti*** dal Codice Napoleone, si stimò opportuno aggiungere al progetto l'*articolo 1002*.[3] Col testamento nel sistema francese si può soltanto ordinare dei legati o fare delle donazioni.

Vi sono ancora Stati meno progrediti nella civiltà, che conservano i costumi degli antichi popoli di Oriente

[1] La massima del diritto consuetudinario era la seguente: *non ha luogo istituzione di erede; hæredes gignuntur non scribuntur*. Confr. Simmaco, *Epist.*, I, 15; Loysel, *Instit. consuet.*, lib. II, tit. 4, reg. 5; Laboulaye, *Droit de propriété*; Troplong, *Des donations*, préface.

[2] Nel rapporto fatto al tribunato in nome della sezione legislativa Chabot (de l'Allier) si espresse nei seguenti termini: « Avant l'établissement des sociétés civiles la propriété était plutôt un fait qu'elle n'était un droit. La nature a donné la terre en commun à tous les hommes; elle n'en a point assigné à chacun d'eux telle ou telle portion. La propriété particulière ne pouvait donc avoir d'autre origine que le droit du premier occupant ou le droit du plus fort: elle ne durait que par la possession, et la force aussi pouvait la détruire. La société civile est la seule et véritable source de la propriété.... Mais si l'homme dans l'état de nature n'avait pas le droit de propriété, il ne pouvait le transmettre lorsqu'il mourait; car on ne peut transmettre, on ne peut donner ce qu'on n'a pas. LA TRANSMISSION DES BIENS PAR SUCCESSION N'EST DONC PAS DU DROIT NATUREL, MAIS DU DROIT CIVIL. » (Séance du 26 germinal, an. XI.)

[3] Dalloz, *Répert.*, v. *Succession*, n° 55.

secondo i quali la proprietà della terra apparteneva esclusivamente al sovrano, e il possesso precario ai sudditi. Così è, per esempio, nella Turchia, ove quando uno muore senza maschi, il Gran Sultano à la proprietà dei suoi beni, e le figlie l'usufrutto.[1] Presso altri Stati, benchè più innanzi nel progresso, sono sempre vive le tradizioni e il regime feudale; così è in Inghilterra ove l'organismo della proprietà e della successione porta l'impronta del feudalismo. La massima che il re è il signore sovrano di tutte le terre del regno, e che nessuno può possedere una parte di suolo se non presti il giuramento di fedeltà al sovrano vige tuttora nella Gran Bretagna, e perciò lo straniero non può succedere nei beni reali ivi situati, se prima non ottiene la naturalizzazione almeno incompleta (*denizen*). Oggi ancora l'oggetto di proprietà è chiamato *tenement*, il possessore *tenancier*, e il modo di possesso *tenure* e secondo un costume antichissimo che rimonta ai re danesi, in certi luoghi il signore preleva nella successione di un *tenancier* un oggetto mobile a sua scelta come segno del suo dominio.[2] Vi sono finalmente leggi le quali per la strana confusione dell'elemento religioso e del civile negano la successione a quelli che abiurano la propria religione. Così è, per esempio, nella Svezia ove per una disposizione ispirata dall'intolleranza religiosa è escluso dalla successione chiunque abbia abiurato il luteranesimo, a menochè non ritorni alla vera fede o non ottenga una grazia sovrana entro i cinque anni dalla sua abiura.[3]

381. Prescindendo da questa e da altre anomalie che

[1] Dalloz, v. *Succession, Droit comparé;* Montesquieu, *Esprit des lois,* liv. V, ch. 14.
[2] Laya, *Droit anglais;* Westoby, *Résumé de la législation anglaise;* Blackston, *Comment.*
[3] Codice svedese, cap. 7, art. 4.

potranno certamente sparire col progresso della civiltà, è indubitato che l'ordine col quale gli eredi sono chiamati a succedere, il loro grado rispettivo, la quota ereditaria spettante a ciascuno di essi, la maggiore o minore estensione del diritto di rappresentazione, i diritti del figlio naturale, del conjuge superstite e dei successori irregolari chiamati in mancanza di eredi, e il modo col quale si acquista la proprietà e il possesso dell'eredità, sono e saranno diversi secondo le diverse leggi, e l'uniformità perfetta non si potrà sperare mai, perchè la determinazione di tutte le suddette cose dipende in gran parte dal modo di estimare certe naturali tendenze del cuore dell'uomo, dallo spirito di famiglia, e dalla maggiore e minore considerazione dei rapporti personali dei successibili col defunto.

Quello che secondo noi si può realizzare, e che dovrebbe essere lo scopo delle disquisizioni dei giureconsulti di tutti i paesi è di fare accettare da tutti gli Stati un diritto comune, il quale tendesse a risolvere in un modo uniforme i conflitti che si verificano in caso di successione di stranieri. A ciò è necessario di prescindere da certi vecchi sistemi, da idee preconcette e dai principii esagerati dell'indipendenza di ciascuno Stato nei suoi rapporti cogli altri, e studiare profondamente la vera natura del diritto di successione per determinare, secondo l'essenza di questo rapporto, il limite di ciascuna delle leggi che si trovano in conflitto. Noi facciamo voti perchè il problema sia ampiamente e seriamente discusso, e che determinata, quale si sia, la dottrina da preferire per risolvere i conflitti, sia accettata come diritto comune da tutti gli Stati o nei trattati o in una convenzione internazionale, o promulgando una legge speciale ad imitazione dell'Italia, tanto più perchè la gran parte dei sistemi sanzionati dalle diverse leggi e dalla

giurisprudenza dei varii Stati lede gravemente i diritti dei successibili e la presunta volontà del defunto.

382. Il più antico sistema fondato sulla più irragionevole esagerazione del diritto del sovrano territoriale a danno degli stranieri è quello che conduce à rifiutare loro assolutamente qualunque diritto di successione. Questo sistema che formò una volta il diritto comune di tutti gli Stati di Europa fu successivamente abolito dalla maggior parte delle legislazioni moderne, come abbiamo detto, ma vige tuttavia nella Svezia e in altri Stati a reciprocità.[1] Il Pothier nell'introduzione al suo trattato della successione lo giustifica col seguente ragionamento: « Il diritto di successione tanto attiva che passiva è di diritto civile, imperciocchè è la legge civile quella che deferisce la successione dei defunti e che vi chiama le persone che devono raccoglierla. Da ciò risulta che soltanto i cittadini che godono della vita civile ànno il diritto di trasmettere la loro successione. »[2]

In verità la teoria che la successione sì attiva che passiva è di diritto civile, è tradizionale nella Francia. Essa fu accettata dai giureconsulti che scrissero mentre vigeva il diritto consuetudinario,[3] fu calorosamente difesa nell'assemblea nazionale del 1791 da Mirabeau, da Robespierre e dal Tronchet,[4] fu sostenuta dinanzi al Consiglio di Stato durante la discussione per la compilazione del Codice Napoleone e recisamente affermata nel rapporto fatto al tribunato in nome della sessione legisla-

[1] Codice svedese, cap. 15, e legge 8 dicembre 1818. Per gli altri Stati vedi Preliminari di quest'opera, cap. II, n° 10 e seg.

[2] *Traité de la succession*, chap. 1, sect. 1.

[3] Loysel, *Instit. consuet.*, lib. II, tit. IV, reg. 5; Glanville, *De legibus Angliæ;* Dupin e Laboulaye, t. I, 298; Laferrier, *Histoire du droit*, t II, p. 88 e 521.

[4] *Histoire parlamentaire*, t. IX.

tiva.[1] Nè sono mancati valenti giureconsulti che l'ànno riprodotta anche in tempi posteriori.[2]

383. Non è quindi da maravigliare se in Francia sia stato tanto rigorosamente applicato il diritto di albinaggio che dichiarava lo straniero incapace di succedere e di trasmettere sia *ab intestato*, sia per testamento i beni situati in Francia a qualsivoglia persona.[3] E benchè l'assemblea nazionale con la legge del 6 agosto 1790 e meglio ancora col decreto dell'8 aprile 1791 avesse dichiarato gli stranieri capaci di succedere e di trasmettere in Francia, il Codice Napoleone facendo un passo retrogrado ripristinò indirettamente il diritto di albinaggio. L'articolo 726 è così concepito: *Un étranger n'est admis à succéder aux biens qu'un parent, étranger ou français, possède dans le territoire de la République, que dans le cas et de la manière dont un français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'art. 11 au titre de la jouissance des droits civils*. L'art. 912 poi si esprime nei seguenti termini: *On ne pourra disposer au profit d'un étranger que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un français.*

Questi due articoli combinati coll'art. 11 non toglievano allo straniero la capacità di trasmettere ma solo la capacità di succedere, ammenochè non si verificassero le condizioni espresse dal legislatore, le quali erano state formulate in un modo così equivoco, e furono poi dalla giurisprudenza interpretate tanto rigoro-

[1] Chabot (de l'Allier), *Rapport au tribunat*, Séance du 26 germinal, an. XI.

[2] Merlin, *Répert.*, v. *Testament*; Toullier, *Code civil*, vol. V, § 343; Grenier, *Discours historique sur l'antique législation*.

[3] Favard, *Répert.*, v. *Aubaine*, Rej, 2 prair, an. IX, (Bastard); Sirey, 1, 1, 442.

samente [1] che per ordinario l'eredità era dichiarata caduca e devoluta al fisco. Così se non era autorizzata la confisca diretta, come pel diritto di albinaggio, si arrivava alla confisca indiretta coll'applicazione dei due articoli citati.

E qui vogliamo porre in rilievo la grande ingiustizia di far dipendere il diritto di successione dai trattati, che sono troppo facilmente suscettibili di revoca, tanto più perchè la vera ragione, per la quale s'impose per condizione la reciprocità diplomatica, si rileva dalle seguenti parole pronunziate da M. Treilhard al Corpo Legislativo nella discussione dell'art. 11. *On sera du moins forcé de convenir que le principe de la réciprocité d'après les traités* A CET AVANTAGE BIEN RÉEL, *que les traités étant suspendus par le fait seul de la déclaration de guerre, chaque peuple redevient le maître de prendre dans ces moments critiques l'*INTÉRÊT DU MOMENT *pour unique règle de sa conduite.* [2]

384. Le ingiuste disposizioni contenute nei due citati articoli sono state posteriormente abrogate con la legge del 14 luglio 1819, [3] la quale fu intitolata a ragione: *Loi relative à l'abolition du droit d'aubaine et de detraction;* ma neppure questa legge consacrò i veri principii, nè lo poteva, perchè fu dettata dall'interesse, e non dai sentimenti di giustizia e di umanità. Fu lo stesso ministro di giustizia che lo dichiarò nell'esporre i motivi

[1] Chabot, *Succession*, sur l'art. 726; Demante, t. I, n° 40 *bis* e t. III, n° 33 *bis;* Duranton, t. I, n° 84 e t. VI, n° 82; Toullier, t. II, n° 102; Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 286; Rodière, *Revue de législation*, t. I, 1850, p. 182; Cass. fran., 24 août 1808 (Hussemen); Cass., 1 février 1813 (Tarchini); Rej, 9 février 1831 (Raggio); Douai, 1 mai 1819 (Rohan); Pasicrisie.

[2] Locré, *Législation civile*, t. IV.

[3] La legge del 14 luglio 1819 fu estesa alle colonie francesi con ordinanza del 21 novembre 1821, salva la riserva contenuta nell'editto di giugno 1783 (Demolombe, *Succession*, t. I, n° 212).

della nuova legge. *Ce n'est pas par un mouvement de* GÉNÉROSITÉ *que nous voulons effacer les differences relatives aux successions et aux transmissions de biens*, C'EST PAR CALCUL.[1]

La legge del 1819 riparò un'ingiustizia per provvedere agl'interessi materiali della Francia, ma non provvide a tutelare gl'interessi degli stranieri. Essa concesse loro in modo assoluto e generale il diritto di succedere per evitare che distraessero la loro industria e i loro capitali dalla Francia ove vigeva una legge che non permetteva loro di disporre, ma stabilì che dovessero succedere nello stesso modo che i Francesi, *les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français*. Partendo da questa massima e dalla dottrina della realità dello statuto successorio si arrivò a concludere che l'ordine della successione degli stranieri doveva essere regolato esclusivamente dalla legge francese, quando i beni si trovavano in Francia; e quindi lo straniero benchè chiamato a succedere secondo la legge del suo paese non succede in Francia quando è escluso secondo la legge francese, e viceversa. È stato perciò deciso che un padre straniero il quale secondo la sua legge sarebbe solo erede del figliuolo ad esclusione dell'avo materno, non esclude l'avo materno del defunto la di cui successione siasi aperta in Francia[2] in conformità degli articoli 733 e 746 del Codice Napoleone.

385. In verità la teoria che la successione debba es-

[1] Séance du 4 mai 1819 à la Chambre des pairs. Locré, *Legislation civile*, t. X, p. 501.

[2] Cass., 21 juill. 1851 (Gurcel); Sir., 1851, 1, 685; Rej, 31 déc. 1850, (Marinetti) Pasicrisie; Cass., 14 mars 1837; (Stewart) Pasicrisie. Confr. Demolombe, *Succession*, t. I, nº 196; Demante, sull'art. 5 (t. I, nº 10) e sull'art. 726 (t. III, nº 33; Marcadé, sull'art. 3 (t. I, p. 49 e seg.).

sere retta dalla *lex rei sitæ* non si può dire una dottrina francese, essa è invece la base e il fondamento della giurisprudenza internazionale, ed è difesa con molti argomenti dagli scienziati di varii paesi. Non staremo a riportare le concordi opinioni degli scrittori del XVI e XVII secolo per non allungarci inutilmente: il Bynkersoëk scrisse: *immobilia enim deferri ex jure quod obtinet in loco rei sitæ adeo hodie recepta sententia est ut nemo ausit contradicere;* [1] e il Rodenburgo: *Jus rebus succedendi immobilibus semper a loco rei sitæ metiendum;* [2] e il P. Voet: *Quid si circa successionem ab intestato statutorum sit difformitas? Spectabitur loci statutum ubi immobilia sita, non ubi testator moritur.* [3]

Tutti gli scrittori antichi e moderni che ammettono la nota distinzione fra statuti reali e statuti personali, sostengono che la successione degl'immobili dev'essere retta dalla *lex rei sitæ*, perchè lo statuto successorio è uno statuto reale. La conseguenza ultima della loro teoria è che senza distinguere se si tratta di successione a titolo particolare, o a titolo universale bisogna ammettere tante successioni quanti sono i paesi diversi, nei quali si trovano i beni immobili del defunto: *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia totidem patrimonia intelliguntur.* [4] *Immobilia*, Giovanni Voet dice, *deferri secundum leges loci in quo sita sunt, adeo ut tot censeri debeant diversa*

[1] Bynkersoëk, *Quæst. privat. jur.*, lib. I, cap. 16, p. 180.

[2] *De divers. stat.*, tit. 2, parte 2ª, cap. 2, § 1; Boullenois, *Appendix*, t. II, p. 59.

[3] P. Voet, *De stat.*, § 9, cap. 1, nº 34. Confr. I. Voet, *Ad Pand.*, lib. XXXVIII, tit. 17, nº 34; Sande, *Decisiones frisicæ*, lib. IV, tit. 8, Def. 7; Boullenois, *Observ.* 33; Burge, *Comm. on colon. and foreing Law*, parte 2ª, cap. 4, § 5; Story, *Conflict of Law*, § 485; Foelix, *Droit privé intern.*, nº 56 e seg.

[4] Il Foelix al nº 66 riporta molte autorità, e cita la maggioranza degli scrittori che accettano tale dottrina.

patrimonia, ac tot hæreditates, quot locis diverso jure utentibus immobilia existunt.[1] Il Foelix, il Demangeat, lo Schaeffner, lo Story, il Burge, lo Zaccaria, il Rocco, il Demolombe e altri fra i moderni, distinguendo la successione mobiliare dalla immobiliare ammettono pure un ordine diverso di successione,[2] e su tali principii è basata la giurisprudenza dei tribunali di varii paesi.[3]

386. La successione mobiliare dello straniero si accettò come regola generale dover esser retta dalla legge del domicilio attuale del defunto pel principio che le cose mobili accompagnano la persona del proprietario e per giuridica finzione si considerano sempre come esistenti nel domicilio. Tutti i citati scrittori antichi e moderni ammettono l'esposta teoria. *Mobilia*, dice il Voet, *certum locum non habent quia facile de loco in locum transferuntur, adeoque secundum loci statuta regulantur, ubi domicilium habuit defunctus*,[4] e lo Zaccaria così si esprime: « L'opinione più generalmente ammessa nella pratica giudiziaria ritiene per norma che la successione di uno straniero in quanto ai mobili corporali e incorporali è regolata dalla legge del suo paese, e secondo questa deve pure determinarsi la quota disponibile relativamente ai mobili. »[5] La giurisprudenza poi à largamente confermato tale principio,[6] e in Francia

[1] I. Voet, *Comm. ad Pand.*, lib. XXXVIII, tit. 17, nº 34.

[2] Foelix, loc. cit.; Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 357; Schaeffner, *Diritto privato intern.*, § 152, nº 2; Story, § 483; Burge, parte 2ª, ch. 4; Zaccaria, *Diritto civile;* Aubry e Rau, § 31 (nº 3, e) e le citazioni in nota; Rocco, *Diritto civile intern.*, parte 1ª, cap. 25, Demolombe, *Traité de la public. des lois*, nº 91.

[3] Cass. fran., 8 déc. 1840 (Wattelet) Dev., 41, 1, 36; Cass., 12 décembre 1843 (De Bussingen) Dev., 44, 1, 74. Vedi Story, § 448, 485, 489; Kames, *On equity*, lib. III, ch. 8, § 3.

[4] P. Voet, *De statut.*, § 9, cap. 1, nº 8 e I. Voet, *Ad Pand.*, t. I, lib. I, tit. 4.

[5] Loc. cit., § 31, nº 3 *h*.

[6] Merlin, *Répert.*, v. *Lois*. § 6, nº 3. Paris, arrêt 1 février 1836,

è stato deciso che se gl'immobili situati in paese straniero siano venduti e il prezzo sia trasportato in Francia, la successione dev'essere retta dalla legge francese, perchè il prezzo si trova mobilizzato.[1] Qualche scrittore soltanto, avendo dimostrato insussistente la distinzione tra cose mobili ed immobili sotto il rispetto della legge che deve regolare i diritti di successione, non ammette per le cose mobili la eccezione accettata dalla maggioranza, e sostiene invece che la successione sì immobiliare che mobiliare dev'essere retta dalla *lex rei sitæ*.[2]

387. Varii sono stati gli argomenti coi quali si è voluto giustificare il principio *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur*. Si è cercato confermare la teoria coll'autorità del Diritto romano, e molti testi sono citati dagli scrittori antichi.[3] Si è detto pure che mancando una convenzione internazionale circa la legge che deve regolare la successione degli stranieri, e non potendosi neppure supporre una convenzione tacita di preferire la legge personale in caso di successione (come si rileva dalla grande divergenza di opinioni degli scrittori e dei tribunali) deve prevalere il principio generale che la legge di ciascuno Stato regge i beni situati nel proprio territorio. Altri fondandosi sul principio di Diritto romano che la petizione dell'eredità deve essere fatta presso il fôro del luogo in cui si trovano gl'immobili, ne ànno dedotto che non si può succedere *ab intestato* nei beni immobili se non che secondo la legge di questo fôro, quasichè si potesse rigorosamente dimostrare che qua-

(Imbert) Dev., 36, 11, 173, Paris, 3 février 1838, (Stewart) Journ. du Pal., t. XXXVIII, p. 249.

[1] Riom, 7 avril 1835 (Onslow) Pasicrisie.

[2] Dragoumis, *Condit. de l'étrang.*, p. 86.

[3] L. 19, § ult., Dig., *De judiciis*; L. 84, § 10, Dig. *De legatis*, 1; L. 242, § ult, Dig., *De V. S.*; L. 1, 2, 3, Cod., *Ubi in rem actio*; L. un., Cod., *Ubi de hæred.*

lunque causa discussa innanzi a questo o quel tribunale, debba essere decisa in quanto al merito e alla natura secondo la legge del luogo in cui si fa il giudizio.

L'argomento più forte diversamente sviluppato dalla maggioranza degli scrittori francesi[1] è dedotto dalla stretta connessione tra la legge di successione e il principio politico di ciascuno Stato. *Toute loi de succession*, dice Demangeat, *est une loi politique, une loi qui intéresse l'ordre public: le droit privé en matière de succession se plie toujours aux donneés du système de gouvernement en vigueur; et suivant que le gouvernement est un gouvernement de privilège ou un gouvernement national, dans la loi de succession on voit régner l'idée de privilège ou l'idée d'égalité. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir les différentes lois sur les successions qui ont été admises en France aux diverses époques de notre histoire: toutes apparaissent d'une manière plus ou moins frappante comme des instruments dont se sert le souverain pour faire prédominer tel ou tel grand principe d'organisation politique et sociale.... il y a par conséquent un intérêt public à ce que notre loi française choisisse toute succession laissée en France par quelque personne que ce soit.*[2]

Analoghe sono le ragioni addotte da Aubry e Rau in appoggio della teoria dello Zaccaria. « Il territorio, » dicono essi, forma la base materiale dello Stato la di » cui esistenza si trova in certo modo legata alla sorte » degl'immobili che compongono il territorio, e quindi » nessun legislatore può permettere che gl'immobili si-

[1] Rodière, *Révue de législ.*, 1850, t. I, p. 180 e seg.; Demolombe, t. 1, nº 91; Dragoumis, loc. cit. Confr. Grenoble 25 août 1848 (Chauten) Dev., 49, 11, 257; Demangeat, *Révue pratique de droit français*, t. I, 1856, p. 63.

[2] Demangeat, *Condit. des étrang.*, p. 337.

» tuati nel suo paese siano retti da una legge straniera.
» Questo principio, che si applica a qualunque trasmis-
» sione d'immobili a titolo particolare, deve valere
» anche per la devoluzione a titolo universale di un'uni-
» versalità d'immobili. Non si può dire che il patrimo-
» nio che non è un oggetto esteriore e che si confonde
» con la persona del proprietario dev'essere retto dalla
» legge personale di questo, imperocchè non si può
» nella trasmissione del patrimonio fare astrazione dagli
» oggetti che ne dipendono. È vero che nel regolare le
» successioni il legislatore tien conto ordinariamente
» delle affezioni naturali e presunte dell'uomo, ma que-
» sta considerazione è secondaria. Le vedute politiche,
» le ragioni d'interesse sociale dominano principalmente
» in questa materia, ed è questo un motivo di più per
» escludere qualunque applicazione di legge straniera.»[1]

388. Non vogliamo negare che gli argomenti surriferiti meritino tutta la considerazione, ed è perciò che li abbiamo riportati senza detrarre nulla alla loro forza, ma ciò non ostante non possiamo dividere l'opinione dei citati scrittori. Non ci allarghiamo a discutere se nello statuto successorio prevalga la realtà o la personalità, perchè nel sistema nostro tale discussione à un'importanza secondaria. Abbiamo dimostrato innanzi che i concetti di personalità e di realtà sono per loro stessi indeterminati e che la dottrina degli statuti dev'essere assolutamente abbandonata ai tempi nostri come insufficiente e incompleta.[2] Vogliamo soltanto notare che mentre parecchi scrittori sostengono che la successione dev'essere regolata dalla *lex rei sitæ*, perchè lo statuto successorio è reale, il Savigny[3] e altri opinano in contrario, e si ap-

[1] Aubry e Rau, nota 45 al § 51 di Zaccaria.
[2] Vedi lib. II, sez. 1ª, cap. 1.
[3] *Traité du droit romain*, t. VIII, p. 291 (Tradux. Guenoux).

poggiano sulla personalità dello statuto, lo che conferma la futilità degli argomenti dedotti dalla personalità, e dalla realità.

Il più valido ragionamento è quello fondato sulla attinenza tra la successione e il principio politico, economico e sociale di ciascuno Stato. Questo argomento però avrebbe un valore decisivo se il sistema ereditario moderno, e il regime della proprietà fosse lo stesso che ai tempi del feudalismo. Esso può valere tuttora presso quegli Stati che conservano sempre vive le tradizioni feudali, ma non si può invocare in un modo generale e indeterminato contro i resultati della scienza moderna, e le grandi mutazioni che à subite presso gli Stati civili il concetto della sovranità, della proprietà, e il sistema ereditario.

389. Nel sistema ereditario feudale la successione non era di diritto privato, ma di diritto politico. Essa tendeva a rendere permanenti ed immutabili i rapporti tra i possessori della terra e i loro signori feudali, ed era l'applicazione dei principii coi quali si arrivò a negare la libertà politica, la libertà civile, e la vera proprietà. Essendo infatti i proprietarii allodiali divenuti vassalli e sotto-vassalli, ebbero soltanto il possesso della terra per concessione del signore, tantochè la proprietà divenne l'usufrutto. Era ben naturale che il vassallo che non avea un vero diritto di proprietà, ma un semplice diritto d'investitura, non potesse nominare il suo successore. L'erede era quindi invariabilmente imposto dal signore secondo la legge del paese, e la natura del feudo, ed indipendentemente dai legami di famiglia, e dai sentimenti naturali del defunto. Da ciò due conseguenze: primo, che nessuno poteva ereditare se non era vassallo o sotto-vassallo, e quindi che i beni dello straniero erano dichiarati vacanti, e devoluti al signore: secondo che nessuno poteva succe-

dere fuorchè in conformità della legge del paese in cui esistevano i beni.

390. Se tale sistema vigesse tuttora comprenderemmo perfettamente il concetto di Aubry e di Rau, cioè, che *il territorio forma la base materiale dello Stato la esistenza del quale si trova in certo modo legata alla sorte degl' immobili*, e quello del Demangeat che *ogni legge di successione è una legge politica*. Invece la scienza e la filosofia ànno modificato sostanzialmente il concetto di proprietà feudale e rivendicato la libera disposizione del patrimonio dell' uomo, nè è più possibile giustificare l' onnipotenza del sovrano territoriale e affermare in un modo indeterminato che ogni legge di successione è una legge politica. Ammettiamo anche noi che nelle leggi della successione si rivela il principio politico, economico e sociale con cui è organato ciascuno Stato, ma da ciò non si può concludere che ogni legge di successione sia una legge politica, quasichè la successione fosse un' istituzione civile, e non vi fossero principii di diritto secondo i quali deve regolarsi la libera trasmissione del patrimonio dell' uomo.

La legge di successione à attinenze col principio politico, ed economico dello Stato, come tutti gli altri istituti giuridici più o meno direttamente rivelano il principio politico economico e sociale su cui è fondata la costituzione dello Stato. Il diritto civile di ciascun popolo è infatti un' emanazione e un' applicazione diretta del diritto politico, esso è la sintesi della legge naturale armonizzata coi principii politici, economici, sociali e morali che reggono quello Stato, ed è perciò che i sistemi di legislazione positiva devono essere diversi secondo sono diverse le costituzioni politiche degli Stati. Ma che perciò? Si vorrà da ciò concludere che ciascuno Stato debba applicare le proprie leggi anche agli stranieri e

regolare la successione di questi? Noi siamo di contrario avviso, perchè la sovranità e lo Stato non sono oggi fondati su fittizie combinazioni territoriali, e quando il principio politico economico con cui è organata la proprietà non ne rimanga offeso, nulla impedisce che lo straniero succeda nei beni che gli appartengono secondo la legge cui è naturalmente sottoposto.

391. I contrari però riflettono che la legge della successione è un'istituzione civile e che non può valere oltre i limiti del territorio nel quale à giurisdizione l'autorità da cui emana. Questo in verità è il falso punto di partenza da cui sono derivate tutte le false teorie su questa materia, ed è questo l'importante problema che bisognerebbe risolvere per sciogliere radicalmente la quistione. Non è possibile allungarci in disquisizioni, ma non vi à dubbio che la scuola la quale propugna la preferenza della *lex rei sitæ* in materia di successione, si deve considerare come una derivazione della scuola al certo numerosa che conta i suoi partigiani anche ai tempi nostri e che si è sforzata di negare l'origine naturale del diritto di successione.[1]

Noi invece apparteniamo alla scuola che, ritornando alla dottrina dei sapienti giureconsulti romani, considera i diritti di proprietà e di successione come inseparabili l'uno dall'altro, e egualmente perfetti: e ne fa derivare l'origine dalla natura stessa delle cose piuttostochè da un beneficio della legge civile. Ammettiamo quindi che la proprietà è il complemento necessario

[1] Gabba, *Essai sur la véritable origine du droit de succession;* Platone, *Dial. de lege;* Aristotile, *Polit.*, 2, 8; Puffendorf, *De jure nat. et gent* lib. IV, cap. 10, § 4; Coccejus, *Animad. ad Grotium*, lib. II, cap. 7, § 14; Thomasius, *De orig. success. testam.*, 5, 12, 32; Bynkersoëk, *Observationes juris romani*, lib. II, cap. 2; Tronchet, Seance du 7 pluviose, an. XI; Toullier, *Code civ.*, t. V, § 543; Grenier, *De donat. et testam. Discour. histor.*

della personalità umana, e che l'elemento essenziale che caratterizza la proprietà è il poterne disporre liberamente secondo i proprii interessi, e le proprie tendenze: che ciascuno à il diritto assoluto di disporre della sua proprietà; che qualunque limitazione a tale legittimo diritto offenderebbe la personalità umana in una delle sue più giuste prerogative, che perciò il diritto di successione è un vero diritto dell'individuo considerato nei suoi rapporti giuridici naturali, e subordinato in generale alla volontà del proprietario; che finalmente l'intervento della legge non si può giustificare che come eccezione e come basato sempre sulla presunta volontà del defunto. Se tutto dunque deve dipendere dalla volontà del proprietario, per decidere quale fra le varie leggi debba preferirsi, è necessario investigare quale sia quella che più direttamente può rivelare la presunta volontà del defunto.

392. Ponendo sotto questo punto di vista il problema, non ci sembra dubbiosa la soluzione. Il diritto di successione appartiene all'individuo considerato nei suoi rapporti giuridici e naturali. Esso può esercitarsi attivamente mediante un atto di libera volontà, col quale il proprietario in un momento qualunque della vita dispone della distribuzione e amministrazione del suo patrimonio al di là del momento della morte. In tal caso spetta alla legge sotto cui civilmente vive l'individuo far riconoscere e garantire un tale diritto. Quando uno muore senza testamento, la successione è regolata dalla legge, la quale si considera come il testamento presuntivo del defunto, non già perchè tale volontà presunta possa essere considerata come un fatto certo per quella persona determinata e per i suoi rapporti individuali, ma perchè ciascun diritto positivo adotta la presunzione generale che gli sembra la più appropriata alla natura dei

rapporti di famiglia e alle naturali tendenze del defunto. Essendo tale presunzione diversa secondo le diverse leggi positive, non si può concepire che il defunto in un caso determinato abbia tante volontà presunte quanti sono i luoghi diversi in cui si trovano i suoi beni, o che abbia avuto due volontà opposte, chiamando come suo erede per i beni situati in un paese colui che è escluso per i beni situati in un paese diverso; ma è d'uopo invece ammettere che egli abbia voluto che la successione fosse regolata da una legge unica, da quella, cioè, a cui durante la vita egli stesso fu sottoposto per la sua persona.

393. Questa opinione è nella sostanza conforme a quella del Savigny e del Mittermaier e va acquistando molto credito in Germania, tanto che si può dire accettata dalla maggioranza degli scrittori tedeschi, sopratutto dopochè il Menken la sostenne con forti argomenti.[1] I romanisti la difendono valutando la natura della successione secondo il concetto romano. Il patrimonio, dicono essi, considerato come unità è un oggetto ideale, nel senso che non si può determinare che cosa vi dev'essere contenuto. Esso può essere composto di cose mobili e immobili, di diritti particolari, di crediti e di debiti, e comprende tutti i diritti attivi o passivi della persona, tutta la sua fortuna come un insieme indivisibile *universitas juris*. Questa *universitas* rappresenta di diritto la persona del defunto prima dell'apprensione dell'erede, esso non può considerarsi in un luogo piuttosto che in un altro, ma bensì come la continuazione della persona del defunto e deve esser retta dalla stessa legge cui questa persona era sottoposta.

[1] Savigny, *Traité du droit romain*, (traduz. Guenoux) vol. VIII, p. 298, e Schaeffner, *Diritto privato internaz.* (traduz. Tenore) § 130, p. 148, citano molti autori tedeschi che aderiscono alla stessa opinione.

*394. Noi accettiamo come principio generale che in qualunque luogo sieno situati i beni del defunto, la trasmissione e delazione degli stessi dev' essere regolata dalla legge cui la persona era sottoposta. Non ammettiamo però che tale legge debba essere quella dell' ultimo domicilio del defunto come la pensa il Savigny, ma opiniamo invece che debba in ogni caso applicarsi la legge della sua nazione. Questa è infatti la legge sotto cui civilmente vive la persona e che deve regolare tutti i rapporti personali dell' uomo.

Agli argomenti addotti innanzi in sostegno di tale teoria, che forma parte di tutto il sistema che abbiamo svolto, aggiungiamo le seguenti considerazioni. Il regime delle successioni à moltissime attinenze col diritto di famiglia. La comunità dei beni nei tempi patriarcali e presso gli Stati primitivi; i fedecommessi e i maiorascati che s' introdussero nel medio evo pel principio di conservare la famiglia, le porzioni legittime che presso la maggior parte degli Stati moderni limitano la libera disposizione del patrimonio dell'uomo, e simili istituzioni sono derivate dal modo diverso di concepire il regime economico del patrimonio familiare, e i diritti su questo dei successibili. Non tutte le legislazioni interpretano in un modo identico le naturali tendenze del cuore umano: gli stessi rapporti tra padre e figlio, che sotto certo rispetto sono assoluti, ànno subito diverse modificazioni secondochè si è tenuto più o meno conto di certe affezioni che possono far concorrenza coll' affezione di famiglia.

Quelle legislazioni che considerano la famiglia come una società permanente, come un corpo collettivo, e i singoli membri della stessa come comproprietarii del patrimonio del padre,[1] limitano la piena libertà di disporre

[1] « In suis hæredibus evidentius apparet continuationem dominii eorum perducere ut nulla videatur hæreditas fuisse quasi olim hi domini essent, qui

e garantiscono ai figli un diritto ingenito sul patrimonio familiare collo stabilimento delle legittime. Permodochè a seconda che una maggiore o minore importanza a questo concetto di comproprietà dei singoli membri della famiglia fu data, il regime delle successioni venne modificato.

Se tutto quindi dipende dalla vita e dal diritto della famiglia, qual è la legge che deve regolare la successione, se non quella sotto cui civilmente vive la famiglia medesima? A qual titolo si vorrà applicare la legge spagnuola per regolare la successione di una famiglia italiana domiciliata in Spagna, mentre si presume che per non aver rinunciato alla patria primitiva quella famiglia abbia conservate le abitudini, le tradizioni, le tendenze, la vita intima dei nostri connazionali? Quindi concludiamo che la successione deve essere regolata dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, in qualunque paese si trovino i beni e di qualunque natura si sieno.[1]

395. La teoria esposta è certamente preferibile a tutte le altre e perchè fondata sulla natura delle cose, e perchè sodisfa meglio i bisogni pratici, eliminando molte contradizioni inevitabili nel sistema che abbiamo combattuto.

Ammettendo infatti tante successioni particolari quanti sono i territorii nei quali esistono i beni immobili appartenenti al defunto, può facilmente acca-

etiam vivo patre quodam modo domini existimantur. » L. 11, Dig., *De lib. et post.* Confr. Rosmini, *Filosofia del diritto. Diritto individuale,* lib. III, cap. 3, § 3; Hegel, *Phil. du droit*, § 178.

[1] Questa dottrina è conforme a quella già esposta nella nostra opera *Diritto pubblico internazionale* (Milano, 1865), pag. 157. « La legge della » successione dev'essere riconosciuta dovunque perchè nessuna nazione può » pretendere di regolare gl'interessi delle famiglie straniere, ma se tale » legge violasse l'interesse economico e pubblico della nazione presso cui » esistono i beni, non dovrebbe essere seguita perchè altererebbe l'organi» smo della proprietà. » Confr. Traduzione francese di detta opera, per Pradier-Foderé, t. I, p. 303.

dere che per i beni situati in un paese siano chiamate a succedere certe persone, ed altre per quelli poi esistenti in un paese diverso. Supponiamo, per esempio, che un italiano muoia senza testamento e che abbia i suoi beni parte nelle antiche province piemontesi, parte nel Canton Ticino, parte nella provincia di Nizza e parte nel Tirolo austriaco. Per determinare i diritti della vedova sui beni del marito sarebbe necessario applicare le leggi dei singoli paesi in cui si trovano gl'immobili, e nel fatto si avrebbero quattro successioni differenti rette dalle leggi di quattro Stati, le quali non sono certamente uniformi nel determinarne i diritti del coniuge superstite. Può quindi accadere che la vedova chiamata a succedere nella terza parte o nella metà dei beni di suo marito esistenti in Italia, sia esclusa per quelli esistenti nella provincia di Nizza, stante la diversità della legge nostra da quella francese. Ora, se il patrimonio di una persona è un'unità ideale, se la sua trasmissione dev'essere fatta in conformità della presunta volontà del defunto, come si può supporre che l'identica persona abbia potuto avere due opposte volontà nello stesso momento?

Di più per esser le successioni, nel caso esposto, quattro e tra loro distinte, si dovrebbe pure ammettere, come la pensano Voet, Burgundio e altri giureconsulti, che l'erede istituito possa accettare l'eredità in Italia, in Francia e nella Svizzera e rinunciare quella dei beni situati in Austria, o in altri termini legittimare la rappresentanza parziale del defunto. Questa, che è una conseguenza logica nel sistema contrario, offenderebbe la natura stessa del diritto ereditario e gl'interessi dei terzi. Non si può infatti ammettere che mentre l'eredità è un certo che d'individuo come è individua la persona del defunto,[1] l'erede,

[1] Zaccaria, *Diritto civile*, § 589.

che questa rappresenta, possa di un' identica eredità accettar solo una parte. Oltrechè, se l' erede potesse a suo libito accettare certi beni e ripudiarne certi altri, potrebbe defraudare i giusti diritti dei creditori con grande scapito della buona fede e della lealtà dei commerci e dei cambii. Eppure ammettendo il principio, non si può, volendo essere logici, evitare questo gravissimo inconveniente.[1] Se ciascuna legge territoriale deve reggere separatamente e esclusivamente i beni immobili esistenti nel territorio, e nel caso supposto non tratterebbesi d' una ma di quattro successioni distinte e diversamente distribuite, l' erede potrà accettarne una e rinunciare le altre, o viceversa.

Difficile riesce pure nel sistema che combattiamo il risolvere le quistioni relative all'equa ripartizione dei debiti ereditari quando le persone chiamate a succedere sono diverse secondo i diversi paesi e quando gl' immobili dati in garanzia esistono in paesi retti da statuti successorii diversi.[2] Circa l'obbligo poi della collazione, e l'*jus accrescendi* si possono presentare serie difficoltà nel sistema contrario quando i beni siano situati in paesi retti da leggi diverse. Può accadere, per esempio, che mentre la legge del paese in cui esiste una parte dei beni del defunto riconosce il diritto di accrescere in vantaggio dei coeredi, la legge dell' altro paese in cui esiste il resto dei beni non attribuisca la porzione vacante per causa della rinunzia all'altro coerede, ma al parente più prossimo o per rappresentazione o per proprio diritto, ovvero dia ai creditori del rinunziante facoltà di accettare essi la porzione rinunciata in pregiudizio delle loro ragioni. In questi e simili casi l' accrescimento varrebbe soltanto per i beni esistenti in un paese e non

[1] I. Voet, *Com. ad Pand.*, lib. XXIX, tit. 2, n. 17.
[2] Vedi Story, *Conflict of Law*, § 489 e seg.

per gli altri, e così rimarrebbe distrutta l'indivisibilità del diritto ereditario. Ma se dovunque esistano i beni del defunto formano nel loro insieme una sola unità giuridica, se giusta il Diritto romano, *hæres et hæreditas tametsi duas appellationes recipiant, unius personæ tamen vice funguntur*, la legge che regola la successione dev'essere una sola e quella nazionale del defunto.

396. Ai principii da noi esposti, che dovrebbero essere accettati dalla giurisprudenza internazionale come sono stati sanzionati dal nostro legislatore, è mestieri fare la solita eccezione, cioè, che la legge da cui è retta la successione degli stranieri non può essere efficace nel luogo in cui esistono i beni del defunto per tutto ciò che offenderebbe il regime della proprietà e l'interesse economico, agrario o politico dello Stato. Le leggi sulla trasmissione dei feudi, dei fidecommessi, dei beni sostituiti non possono valere in uno Stato che à abolito completamente il regime ereditario feudale. Si dica lo stesso per quelle leggi che stabiliscono un regime privilegiato di successione per le famiglie nobili, o che sanzionano il maiorascato e simili istituzioni. Tali leggi in verità non si possono rigorosamente denominare pure leggi di successione, col qual nome denotiamo le leggi che si occupano di regolare nel modo più conveniente la trasmissione dei beni del defunto e la loro distribuzione tra i membri della famiglia secondo i diritti dei membri stessi e la libera volontà espressa o tacita del defunto. Le leggi invece sulla trasmissione dei feudi, sui fedecommessi, sui maiorascati sono di natura mista: esse escludono la successione testamentaria, la divisione dei beni, i diritti successorii della donna, ed ànno il carattere di leggi politiche ispirate dall'interesse particolare di uno Stato. Tali leggi

non possono quindi valere che nei limiti territoriali nei quali comanda l'autorità stessa da cui emanano, e qualora si dubiti se la legge straniera chiamata a reggere la successione offenda l'interesse della nazione presso cui esistono i beni, spetta al magistrato locale risolvere il dubbio secondo ciò che abbiamo già detto.[1]

397. La capacità dei successibili dev'essere in generale retta dalla loro legge nazionale. Se questa però dichiarasse l'erede istituito incapace o per causa di morte civile o per eresia, o per altre ragioni che la legge del luogo in cui si deve raccogliere l'eredità non riconosca e non ammetta, l'erede non può essere escluso dalla successione.[2]

398. Un'importante quistione si può elevare circa la capacità del successibile nel caso di un legittimato per *subsequens matrimonium* o *per rescriptum principis*. Se, giusta la legge della sua patria, il legittimato per seguito matrimonio fosse equiparato per i suoi diritti successorii al figlio legittimo, dovrà essere considerato come tale anche nel paese straniero in cui esistono i beni nei quali vuol succedere, ancorchè in questo abbia vigore una diversa legge di successione? Abbiamo già esposta a suo luogo la relativa quistione di stato, ed abbiamo detto con qual legge si debba decidere se col matrimonio possono essere resi legittimi i figli nati prima della celebrazione.[3] Qui dobbiamo discorrere soltanto dei diritti successorii del legittimato quando i beni, nei quali domanda di succedere, si trovino in paesi retti da leggi diverse.

Il Rocco per risolvere tale quistione distingue nella legittimazione la qualificazione personale dagli effetti che

[1] Vedi n° 28.
[2] Vedi n° 50.
[3] Vedi n° 137 e seg.

ne derivano, e opina che per definire se uno abbia o no la qualità di figlio legittimato, si deve tener conto della sua legge personale, ma che per i suoi diritti alla successione, e per la misura di tali diritti si deve applicare la legge del luogo in cui si trovano i beni. Egli ritiene che la qualità dei successibili, il regime delle successioni, e la spartizione dei beni abbiano intima attinenza collo statuto reale, e ne deduce che debbano esclusivamente dipendere dalla legge del territorio.[1]

Noi non dividiamo l'esposta opinione. Spetta infatti alla legge nazionale il definire quando il cittadino sia legittimo, illegittimo, o legittimato. La qualificazione personale che deriva dalla legittimazione della prole non si può certamente considerare come una qualità astratta, ma si deve considerare come un'importante modificazione di stato che muta i rapporti giuridici esistenti fra il fanciullo e l'autore dei suoi giorni, e attribuisce loro certi diritti e certi obblighi reciproci, in modo che il figlio legittimato, equiparato al figlio legittimo per finzione giuridica, dev' essere come tale considerato dovunque in tutti i suoi rapporti con suo padre, come se fosse nato durante il matrimonio. Nel caso in questione l'attitudine giuridica a fruire dei diritti successorii deriva immediatamente dallo stato della persona, e poichè non spetta alla *lex rei sitæ* definire questo stato, non può da essa dipendere il determinare quali sieno e in qual misura e con quale estensione possano esercitarsi i diritti del legittimato alla successione.

Abbiamo già dimostrato che in mancanza di volontà espressa i beni del defunto devono trasmettersi secondo che dispone la legge della sua patria, purchè però questa non offenda gl' interessi della sovranità ter-

[1] *Diritto privato internazionale*, parte 1ª, cap. 23.

ritoriale. Nel caso nostro non è già che il successibile debba domandare la qualità di erede legittimo alla *lex rei sitæ:* ma invece deve presentarsi a succedere nei beni di suo padre esistenti in territorio straniero colla qualità di erede legittimo. Imperocchè quantunque *hæres legitimus est quem justæ nuptiæ demonstrant*, pure per una giusta finzione legale ammessa dalla legge della sua patria i nati prima del seguito matrimonio *finguntur ex justo matrimonio nati*. Se dunque il legittimato è di pieno diritto erede legittimo secondo la sua legge nazionale, e se la capacità dei successibili dev'essere retta dalla stessa legge, si deve concludere che i diritti successorii del legittimato devono essere riconosciuti dovunque.

Per la legittimazione per rescritto sovrano ammettiamo gli stessi principii. Quantunque infatti si potrebbe opinare che dipendendo essa da una graziosa concessione della sovrana autorità non possa valere che nei limiti nei quali il principe à giurisdizione, pure, ammesso che si debba ritenere legittimo qualunque individuo sia dichiarato tale secondo la legge della sua patria, non possiamo fare alcuna distinzione sia che la legittimazione derivi da una disposizione generale, sia che derivi da un atto concreto della pubblica autorità: sempre chè sia valida secondo la legge nazionale del legittimato deve valere dovunque, anche per i diritti sugl'immobili appartenenti al genitore defunto.

Ammettendo la teoria del Rocco, che cioè la legge personale conferisce al legittimato l'attitudine astratta, e la *lex rei sitæ* il diritto concreto a fruire della successione, ne seguirebbe che il legittimato potrebbe essere erede legittimo rispetto ai beni mobili, e non illegittimo rispetto agl'immobili. Si potrebbe pure dubitare che i figli legittimi nati da un matrimonio civile, che si pre-

sentano come eredi legittimi per succedere nei beni del loro genitore situati in uno Stato che non riconosce altro matrimonio che il religioso, potessero essere esclusi dalla successione, perchè mancasse loro la qualità di eredi legittimi secondo la *lex rei sitæ*. Queste è simili conseguenze sconvolgono tutta la dottina della legittimità.

399. La quistione che abbiamo discussa presenta maggiori difficoltà risolvendola innanzi alla legge inglese. La *common Law* non solo non riconosce la legittimazione per seguito matrimonio, ma dispone che nessuno possa ereditare in Inghilterra se non sia nato da matrimonio legittimo (*born in lawful wedlock*). Sembrerebbe che questa disposizione generale e proibitiva escludesse assolutamente gli stranieri legittimati dal succedere nei beni immobili esistenti in Inghilterra. Pure studiando bene la cosa, può sostenersi la esposta teoria anche innanzi alla legge inglese.

Nel significato legale della *common Law* erede legittimo significa *quem justæ nuptiæ demonstrant*. Per quanto si voglia distinguere la quistione di eredità dalla quistione di stato, esse sono inseparabili: infatti l'erede legittimo è il figlio legittimo. Ma che significa figlio legittimo? Significa figlio di pieno diritto, figlio nato *in lawful wedlok*, *ex justis nuptiis*. Ora, per decidere quando uno è figlio di pieno diritto e quali sono le *justæ nuptiæ* si deve applicare la legge che regge il matrimonio, non già quella del luogo in cui esistono i beni. Se un legislatore, considerando il matrimonio come un contratto consensuale, saggiamente dispone che quando due persone dichiarino di volersi unire in matrimonio, e con tale reciproca promessa si uniscano e prima di fare le cerimonie esterne abbiano un figlio, questi si considera legittimo *ab initio* e di pieno diritto perchè per finzione legale si suppone nato nel matrimonio, è

certo che questo figlio sarà legittimo, e si potrà dire nato da giuste nozze: permodochè avrà diritto di succedere anche in Inghilterra facendo valere la sua qualità di figlio di pieno diritto.

400. Cogli stessi principii si possono risolvere le quistioni relative alla successione del figlio adottivo, e del figlio naturale. I principii esposti per risolvere le questioni di stato sono il fondamento per tutto ciò che attiene ai diritti successorii dei figli naturali e degli adottivi. Determinato lo stato della persona, le conseguenze giuridiche che ne derivano devono essere riconosciute in qualunque luogo esistano i beni.

Rispetto ai diritti successorii del figlio naturale la legge nostra proibisce le indagini della paternità. Quindi la filiazione paterna di un figlio naturale, la quale non si trovi comprovata mercè un atto autentico di riconoscimento volontario, non può esserlo mercè alcun altro genere di prova, e neppure mediante il possesso di stato. Qualunque sia la legge del luogo in cui un italiano procreò un figlio naturale, quando questi non sia stato volontariamente riconosciuto, non può essere ammesso innanzi ai tribunali nostri a provare la sua filiazione paterna nè per succedere a colui che egli pretende essere suo padre, nè per domandargli gli alimenti. Se il figlio avesse esercitata l'azione nel paese in cui ebbe l'origine e nel quale supponiamo permessa la ricerca della paternità, e avesse ottenuta una sentenza che dichiarasse la sua filiazione paterna, si potrebbe dubitare, se avesse diritto a concorrere coi figli legittimi per succedere nei beni che suo padre possiede in Italia.

Nel caso supposto il solo titolo che il figlio naturale può invocare per costatare la sua filiazione è la sentenza giudiziaria, la quale, essendo pronunciata da un tribunale straniero, non potrebbe essere efficace in Italia senza

che prima fosse dichiarata esecutoria colle solite formalità richieste dalla legge nostra. A primo aspetto si potrebbe dire che il magistrato nostro, cui spetta il giudizio di delibazione, non può dichiarare esecutoria una sentenza di un tribunale straniero fondata sulla ricerca della paternità, tanto più quando gli effetti di tale sentenza debbono valere per togliere una parte dei beni esistenti in Italia ai figli e discendenti legittimi cui la nostra legge li attribuisce, e che perciò il figlio naturale non deve essere ammesso alla successione paterna: ma come la legge nostra accorda il diritto agli alimenti a quei figli per i quali, quantunque non sia permesso il riconoscimento, pure la filiazione risulta indirettamente da sentenza civile e penale, così nel caso in questione il figlio naturale può avere tutto al più il diritto agli alimenti.

È però da osservare che quantunque la legge nostra proibisca le indagini della paternità in Italia, pure esse possono essere permesse in territorio straniero, e che il dichiarare esecutoria una sentenza fondata sulle prove della paternità, quando la legge innanzi a cui fu fatta la prova non lo proibisca, non offende il nostro diritto pubblico. Il magistrato cui spetta il dichiarare esecutoria una sentenza di un tribunale straniero, non deve preoccuparsi se essa sia in favore o a carico di un cittadino, ma soltanto esaminare se la sentenza sia stata pronunziata da un'autorità giudiziaria competente, se le parti siano state regolarmente citate e rappresentate, se la sentenza contenga disposizioni contrarie all'ordine o al diritto pubblico interno del regno. E quantunque la legge nostra non permetta le indagini della paternità, pure considera come valido il riconoscimento che risulta da un atto autentico, e ritiene che la dichiarazione di paternità pronunziata da un magistrato straniero costi-

tuisce per se stessa un riconoscimento autentico. Concludiamo quindi che il figlio naturale non può essere escluso dalla successione paterna in Italia, perchè, ammesso il suo stato, non possono impugnarsi le conseguenze giuridiche che ne derivano.[1]

I principii già esposti ci sembrano sufficienti per risolvere tutte le questioni relative all'ordine della successione, e per determinare le varie classi di eredi, il loro grado rispettivo, l'ordine col quale gli eredi della stessa linea sono chiamati a succedere, i casi nei quali si debba ammettere il diritto di rappresentazione e la divisione dell'eredità fra le due linee, il diritto di reversione successoria e le persone a cui compete, e tutto ciò che appartiene al regime delle successioni. Questioni tutte per le quali deve sempre applicarsi la legge nazionale del defunto, purchè non offenda il diritto pubblico interno del luogo in cui i beni son situati.

401. L'applicazione della *lex rei sitæ* può essere ammessa soltanto per tutto ciò che appartiene all'acquisto e all'investitura dell'eredità, ciò che i Francesi chiamano *saisine héréditaire*.

La delazione dell'eredità, della quale ci siamo occupati finora, concede alla persona, in favore della quale avviene, il diritto di acquistare l'eredità deferita. A ben decidere se per l'acquisto reale dell'eredità sia necessario un fatto speciale che manifesti la volontà di farla, e quale debba essere questo fatto, è necessario tener conto delle particolari disposizioni di legge. Sotto qualunque legge siasi verificata la delazione dell'eredità, l'acquisto di essa è sempre una questione di possesso e a somiglianza di tutte le altre quistioni possessorie si deve risolvere in conformità della *lex rei sitæ*. Questa

[1] Confr. nº 141, 143.

distinzione è del massimo interesse per definire come il possesso dei beni del defunto passi nella persona dell'erede. Così, per esempio, una tal distinzione è necessaria per decidere se l'erede chiamato possa esercitare le azioni possessorie prima di aver preso possesso di fatto delle cose ereditarie: se nel caso di più chiamati alla stessa eredità ed investiti in modo indivisibile possa ognuno di essi rivendicare la intiera eredità, comunque deferitagli congiuntamente cogli altri: se l'erede possa essere immediatamente convenuto dai creditori dell'eredità, e se possa esercitare tutte le azioni per far valere i proprii diritti di successione. Queste e simili questioni dipendono dal diverso modo, secondo il quale il possesso dei beni del defunto passa nella persona dell'erede, e si devono risolvere tenendo conto della *lex rei sitæ*.

402. Secondo la legge nazionale dello straniero si deve decidere se la successione possa dirsi vacante. Circa poi al fisco che debba essere preferito per succedere gioverà osservare, che, benchè alcune leggi considerino il diritto di raccogliere l'eredità vacante come un diritto di successione, e si potrebbe dire che lo Stato chiamato dalla legge nazionale debba essere preferito, perchè è uno dei successori; pure a noi pare che il fisco non succede a titolo di erede, ma per diritto di occupazione, come per tutte le cose vacanti di padrone, che tal diritto appartiene al dominio pubblico, e spetta allo Stato nel territorio del quale le cose si trovano.[1]

403. Gli stessi principii valgono per la successione testamentaria. Le questioni circa la *testamenti factio* attiva e passiva, circa i limiti entro i quali può es-

[1] Vedi Paris, 15 nov. 1833 (Consul des Etats-Unis d'Amérique), Pasicrisie.

sere ristretta la facoltà di disporre per testamento; circa le cause che rendono la disposizione testamentaria invalida *ab initio*, o che la fanno divenire tale, devono risolversi in conformità della legge nazionale del testatore.

Quantunque infatti per diritto naturale ogni cittadino possa disporre delle sostanze che gli appartengono, tal facoltà non può esercitarsi senza restringerla entro certi confini. La ragion pubblica, la comune utilità, la morale e il rispetto dovuto ai diritti dei membri della famiglia, che sotto un certo riguardo possono dirsi comproprietarii del patrimonio comune, consigliano il legislatore ad impedire che certe persone meno meritevoli sieno beneficate con pregiudizio di quelle che per vincoli di sangue o di affetti meritano di essere preferite. Tutto ciò non appartiene certamente alla *lex rei sitæ*, ma alla legge nazionale della famiglia. Secondo questa legge si deve stabilire quali persone sieno incapaci di essere istituite eredi dal testatore, e quali debbano essere espressamente istituite eredi o diseredate: quali persone abbiano diritto ad avere una porzione dei beni del testatore e quale esser debba questa porzione.

404. Quanto ai testamenti è comune opinione ai giorni nostri che un testamento valido per la sua forma secondo la legge del luogo in cui fu fatto, dev'essere considerato come valido dovunque, sia che disponga dei beni mobili che degl'immobili. Questo principio di giurisprudenza internazionale è stato accettato da tutti gli Stati civili per non esporre un atto tanto importante al pericolo di nullità per difetto di forma. E vogliamo anche notare che oltre le gravi difficoltà di eseguire perfettamente le formalità richieste da una legge straniera, in certi casi riuscirebbe anche impossibile l'uniformarvisi. Un prussiano, per esempio, che volesse far testamento in Italia colle forme richieste dalla sua legge, non

lo potrebbe, perchè secondo la legge nostra il testamento pubblico dev'essere fatto innanzi al notaio, e secondo la legge prussiana il testamento o il codicillo dev'essere fatto innanzi al Tribunale, o innanzi ad una Commissione nominata a tale uopo.[1]

Qualche scrittore à voluto sostenere che per la validità del testamento si devono osservare le forme richieste dalla legge della patria del testatore, e in appoggio di tale dottrina molti testi di Diritto romano sono stati male a proposito riportati.[2] La giurisprudenza inglese à pure sanzionato il principio che una disposizione testamentaria riguardante beni mobili possa esser fatta secondo la legge della patria del testatore.[3] Per le disposizioni poi riguardanti i beni immobili la *common Law* richiede come indispensabile alla loro validità, che sieno osservate le forme e le solennità richieste dalla *lex rei sitæ*.[4] Ciò è perchè in tutti i rapporti giuridici col suolo troviamo in Inghilterra esagerata l'autorità del sovrano territoriale. Secondo un'altra opinione il testamento fatto da un cittadino in paese straniero può essere valido nella sua patria quando il testatore non abbia avuto alcuna opportunità di ritornare in patria e rifare colà il testamento colle forme richieste dalla sua legge.[5] Questa opinione non è scientificamente ammissibile perchè non vi è ragione d'invalidare una disposizione per se stessa valida sol perchè il disponente ne poteva fare

[1] Tit. 12, parte 1ª, art 66.

[2] L. 9, Cod. (VI, 23); LL. 3 e 4, Dig. (XXVIII, 1) Cajus, lib. II, *Inst*, « Si quæramus an valeat testamentum in primis animadvertere debemus, an is, qui fecit testamentum habuerit testamenti factio, deinde si habuerit, requiremus an *secundum regulas juris civilis testatus sit.* »

[3] Story, § 465-67, Stanley, v. Barnes, 3; Hagg., *Eccles. répert*, 373, 465.

[4] Robertson, *On succession*, p. 95; Burge, *Comm. on col. and. for. Law*, Pt. 2ª, ch. 12; Story, § 474.

[5] Köppen, Decis. 31, nº 25; Eichhorn, *Droit privé*, § 35, 37.

un'altra. Il Savigny tuttavia, benchè convenga che questa opinione non à molti partigiani, consiglia i prudenti padri di famiglia a rifare il testamento nella loro patria per prevenire qualunque evento possibile.[1]

405. Non ostante qualche disparere oggi può considerarsi come definitivamente deciso che alla forma del testamento si applica il principio *locus regit actum*.[2] Ma quando sia espressamente concesso ai soli sudditi di testare in un modo speciale gli stranieri non possono valersi di quella forma determinata.[3] Quindi il testamento fatto da un italiano in paese straniero davanti un ufficiale incaricato di ricevere tali atti, si deve considerare fatto con tutte le formalità richieste dalla legge straniera per la sua validità, e spetta a colui che vuol farlo dichiarare invalido, il provare che qualcuna di tali formalità non sia stata adempita. In Francia anzi è stato deciso che quantunque il testamento non porti la data del luogo in cui fu fatto, il giudice può, senza violare alcuna legge, decidere dalle enunciazioni in esso contenute, che venne fatto in un dato paese straniero, e secondo la legge di questo apprezzarne la validità.[4]

Anche per decidere se il testamento si possa considerare fatto per atto autentico si deve applicare la legge del paese in cui l'atto fu compiuto, e secondo tal legge si deve pure definire se per l'autenticità sia indispensabile l'intervento dell'ufficiale pubblico. Quindi il testamento fatto da un italiano in Inghilterra colle forme usate in quel paese per i testamenti solenni, le quali consistono nell'apporre la firma del testatore e quella di

[1] *Traité du droit romain*, vol. VIII, p. 352 (Traduz. Guenoux).

[2] Foelix, *Droit privé intern.*, n° 75; Schaeffner, n° 145; Rocco, parte 3ª, cap. 23; Savigny, loc. cit.; Merlin, *Répert.*, v. *Testament conjonctif*; Coin-Delisle, *Don. et test.*, art. 968.

[3] Confr. Schaeffner, n° 144.

[4] Rej, 6 fév. 1815 (De Bonneval). Jurispr. du XIX^{me} siècle.

quattro testimoni a cui il testamento sia stato presentato, sono sufficienti a dare a tale atto il carattere dell'autenticità, nonostantechè nessun ufficiale pubblico v' intervenga.[1]

406. Avendo dimostrato innanzi come il principio *locus regit actum* è facoltativo e non imperativo[2] ne segue che un cittadino testando in paese straniero può adempire le formalità richieste dalla legge della sua patria. In tal caso però il suo testamento sarebbe efficace nella sua patria soltanto non negli altri paesi in cui esistono i suoi beni.[3] Può sorgere qualche difficoltà nell'ipotesi che la legge della patria del testatore permettesse di disporre con testamento olografo e quella del luogo in cui è scritto e datato il testamento non riconosca tal forma. Un italiano residente all' estero potrebbe disporre con testamento olografo dei suoi beni ovunque sieno situati?

Nessun dubbio può sorgere circa l' efficacia di tale testamento in Italia, imperocchè la legge nostra richiede soltanto che il testamento olografo sia scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore (*art. 775*). Tutta la quistione cade sull' efficacia di tale testamento nei paesi stranieri. Alcuni dicono che il principio *locus regit actum* si applica soltanto a quegli atti pei quali si richiede l' intervento di un ufficiale pubblico, e certe solennità esterne; che il testamento olografo è un atto

[1] Confr Rouen, 21 juill. 1840 e Rej, 6 fév. 1843 (De Bonneval). Jurisp. du XIXme siècle e Pasicrisie. Confr. per un testamento fatto in Ungheria colla forma nuncupativa innanzi un giudice dei nobili e un assessore. Rej, 30 nov. 1831 (Charpentier). Jurispr., 32, 1, 52. Pasicrisie.

[2] Vedi n° 318.

[3] Confr. Cour de Cassat. de Paris, arrêt 9 mars 1833 (Dev. Car.) 33, 1, 274. Tale decisione è fondata sul motivo *qu'il est de principe de droit international que la forme extérieure des actes est essentiellement soumise aux lois, aux usages et coutumes des pays où ils sont passés.* Vedi Rocco, *Diritto civile intern.*, parte 3a, cap. 4.

dispensato da tutte le solennità; che si deve considerare come un beneficio personale, e da ciò concludono che qualunque sia il luogo in cui è fatto un testamento colla forma olografa, purchè sia valido secondo la legge del testatore, dev' essere valido dovunque.

Il Rocco al contrario osserva che quantunque pel testamento olografo non sieno richieste quelle solennità indispensabili pel testamento pubblico, pure non si può dire un atto fatto senza solennità, in modo che non cada sotto il principio *locus regit actum*. Il testamento olografo à pure le sue forme sostanziali: tali sono l'essere scritto e sottoscritto di mano del testatore e datato, senza di che non sarebbe valido. Applicando quindi ad esso il principio *locus regit actum* come per gli altri atti, egli conchiude che un nostro nazionale residente all' estero che adopera per testare la forma olografa non permessa dalla legge del paese di sua residenza, pone in non cale il principio di giurisprudenza internazionale *locus regit actum*, e non può pretendere che tale testamento sia riconosciuto negli esteri paesi ove esistono i beni. [1] Noi accettiamo tale opinione.

407. Per tutto ciò che appartiene al contenuto del testamento ed alla sua interpretazione devesi applicare la legge nazionale del defunto, non quella del luogo in cui il testamento fu fatto, o quella del luogo in cui esistono i beni. La maggioranza degli scrittori antichi e moderni sostiene che la sostanza e l' interpretazione di un testamento debba esser retta dalla legge del domicilio del defunto: [2] così fanno sorgere molteplici qui-

[1] Loc. cit.

[2] P. Voet, *De statut.*, sect. 9, c. 4, n° 8; I. Voet, *Ad Pand.*, *De hæred. instit.*, n° 16; *Ad Senat. Trebell.*, n° 34; Boullenois, *Personalité et realité des lois*, t. II, p. 503 e seguenti; Hertius, *De collisione legum*, sect. 4, § 24, sect. 6, § 5; Schaeffner, *Diritto privato intern.*, (tradotto

stioni quando tra il giorno in cui fu fatto il testamento, e quello in cui si verifica la morte succede una *mutatio domicilii*.[1] Nel sistema nostro l'applicazione esclusiva della legge nazionale del testatore è la conseguenza logica di quanto dicemmo innanzi senza bisogno di ulteriori argomentazioni.

408. Noteremo soltanto circa l'efficacia di un testamento che quando i beni esistono in paesi diversi è necessario far dichiarare esecutorio il testamento secondo la legge del luogo in cui i beni stessi esistono, e che l'eseguibilità può essere negata quando ne derivi un'offesa al diritto pubblico interno dello Stato.

Questo giustissimo principio non si deve nella sua applicazione esagerare per modo da considerare come contrarii alle istituzioni di uno Stato tutti quei testamenti che non sono nella sostanza conformi alle disposizioni della legge territoriale. In ogni caso spetta alla magistratura decidere,[2] e questa non negherà l'esecuzione al testamento di uno straniero sol perchè la legge di costui assegni come legittima una parte di beni maggiore o minore che la legge nostra, o perchè provveda diversamente ai diritti del conjuge superstite, ma a buon dritto negherà l'esecuzione di un testamento che alteri il regime generale della proprietà, disponendo contrariamente alle nostre istituzioni e al nostro diritto pubblico interno.

da Tenore) n° 150 e seg.; Savigny, *Traité du droit romain*, § 375; Foelix, *Droit privé intern.*, n° 115.

[1] Rodemburg, *Tractatus*, tit. 2, parte 2ª, cap. 4, n° 1; Tittman, *De competentia legum*, § 29; Story, *Conflict of Law*. § 473; Burge, *On colon. and foreing law*, t. IV, p. 580.

[2] Vedi Preliminari, n° 28.

APPENDICE.

COLLEZIONI DI GIURISPRUDENZA CITATE.

Pas.	Pasicrisie Française. (Ediz. Bruxel.)
Pas. Bel.	Pasicrisie Belge.
Pal.	Journal du Palais.
Dal.	Dalloz — Recueil périodique.
J. Mar.	Journal de Marseille.
Gaz. Proc.	Gazzetta del Procuratore di Napoli.
Monit.	Monitore dei Tribunali di Milano.
Caveri.	Giurisprudenza commerciale.
Ann. Giur.	Annali della Giurisprudenza italiana.
Bettini.	Giurisprudenza del Regno d' Italia.
Nervini.	Decisioni del Magistrato civile e commerciale di Livorno.
Legge.	Giornale *La Legge*.
Jou. du Dr. int. priv.	Journal du Droit international privé, par M. *E. Clunet*.

Condizioni degli stranieri in Francia. (§ 15.)[1]

Dopo la redazione del Codice Napoleone agli stranieri furono conferiti diversi diritti con leggi speciali. Citeremo tra le altre: Il decreto del 16 gennaio 1808 che loro concesse il diritto di acquistare le azioni della Banca di Francia (Art. 3°). La legge del 21 aprile 1810 che loro permise di ottenere una concessione di miniere. Il decreto 5 febbraio 1810 che loro accordò il diritto di proprietà letteraria e d' invenzione se avessero ottenuto il brevetto. Il decreto del 28 marzo 1852 che

[1] Il numero in parentesi dinota il paragrafo del testo cui si riferisce la giunta.

punisce come delittuosa la falsificazione di opere straniere in Francia. La legge del 28 marzo 1853 che li autorizza a versare i loro fondi alla Cassa di risparmio. La legge del 5 luglio 1844 che loro concede il diritto di ottenere i brevetti d'invenzione in Francia. La legge del 23 giugno 1857 che assicura alle marche di fabbriche straniere la stessa protezione che alle marche francesi, ec.

Le Corti e la Cassazione francese hanno deciso che lo straniero stabilito in Francia, benchè non naturalizzato nè autorizzato dal Governo a stabilirvi il domicilio, ha diritto al godimento dei pascoli comunali, e all'*affouage* nel Comune in cui ha il domicilio di fatto e ove è proprietario delle terre che coltiva.[1]

I diritti tuttora negati anche agli stranieri in Francia sono quelli che si dicono *droits de citoyen*. Uno straniero non può esercitare in Francia un ufficio ecclesiastico;[2] fare l'avvocato;[3] pubblicare un giornale;[4] servire da testimone negli atti pubblici; avere la gestione della tutela;[5] far parte di un consiglio di famiglia nell'interesse di un parente francese;[6] insegnare senza adempiere certe condizioni,[7] e simili.

Noteremo che nel 1870 furono promulgati due decreti e con principii assolutamente contrarii. Uno in data del 16 settembre, col quale il Governo della Difesa Nazionale ordinò come misura generale l'espulsione di

[1] Besançon, 23 juin 1860 e Cass., 31 déc. 1862 (Com. de Trevillers), Dal. 60, 2, 151; 63, 1, 5. — Metz, 23 nov. 1865 (Dave), Dal. 65, 2, 224.

[2] Loi 18 germinal, an. X, Art. 32.

[3] Délibération du Conseil de l'ordre de Grenoble, 6 fév. 1830, Dal. 31, 3, 37.

[4] Loi 18 juillet 1828.

[5] Aubry et Rau sur Zacharia. Colmar, 25 juillet 1817, Dal. 12, 727. — Vi sono scrittori che sostengono il contrario: cfr. Vallette e Demangeat, *Cond. des étrangers en France*.

[6] Demolombe, 1, 245. Paris, 21 mars 1861, Dal. 61, 2, 73.

[7] Loi 19 janv., 15 mars 1870, Art. 78.

tutti i Tedeschi residenti in Francia, concedendo loro la dilazione di tre giorni per uscire dal territorio francese: disposizione ispirata dall'interesse politico, e che non ha precedenti nella legislazione francese, tranne la legge del 13-21 novembre, — 3 dicembre 1849, che permise al Ministro dell'Interno e ai Prefetti dei Dipartimenti di espellere gli stranieri che abitavano il territorio francese. L'altro decreto è in data del 24 ottobre stesso anno, e questo ispirato a principii più liberali dichiarò cittadini francesi gl'Israeliti indigeni dei Dipartimenti di Algeri, abrogando tutte le leggi e ordinanze contrarie.

Condizione degli stranieri in Inghilterra. (§ 16.)

La condizione degli stranieri nella Gran Bretagna è stata notabilmente migliorata con la legge del 1870, st. 33 e 34 Vict., c. 14 (*naturalisation act*). Detta legge concesse agli stranieri la capacità di acquistare proprietà fondiaria negli Stati Uniti, e negò loro soltanto la facoltà di divenire proprietarii di navi inglesi; per le colonie poi lasciò alle legislature locali di regolare i diritti degli stranieri ad acquistare ivi *lati-fondi*. Gli stranieri che diventano proprietarii di terra nella Gran Bretagna non acquistano il diritto di suffragio nè per le elezioni politiche nè per le amministrative, e non possono adempiere un ufficio pubblico. Se sono domiciliati in Inghilterra da 10 anni è loro concesso di essere giurati, e se dovessero essere giudicati in materie criminali non si richiede il *jury de medietatae linguae.* [1]

[1] Per un uso ammesso durante il regno di Eduardo III, e conservato poi per cinquecento anni circa in tutte le cause civili, commerciali e penali, che erano sottoposte al *jury*, gli stranieri godevano il privilegio che il *jury* fosse composto metà di compatriotti e metà di Inglesi, *jury de medietatae linguae.* Lo statuto 6, c. 50, di Giorgio IV, abrogò il privilegio per le cause in materia civile e commerciale, e il *jury de medietatae linguae* fu conservato soltanto per le cause in materia criminale.

I modi per acquistare la cittadinanza inglese o ricuperare la cittadinanza perduta, e i diritti che derivano dalla naturalizzazione, sono regolati da più liberali principii, come diremo in seguito.

Opinione del Boullenois; del Gaill; del Burgundio; dello Story; del Pardessus; dello Zaccaria; di Aubry e Rau; di Wheaton; di Calvo; di Heffter; circa la legge che deve regolare lo stato e la capacità giuridica dello straniero. (§ 41.)

Continuano sempre nell'equivoco quelli, che volendo sostenere che lo stato e la capacità giuridica dello straniero debbano essere regolati dalla legge del suo domicilio, asseriscono che tale è la *communis opinio* degli scrittori medioevali e della maggioranza dei moderni. Dicemmo che parecchi degli scrittori antichi, che ammettono la preferenza della legge del domicilio per regolare lo stato, intendono dinotare la legge del domicilio di origine, o legge della patria.

A quelli già citati e che si riportano dai nostri avversarii come autorità loro favorevoli, possiamo aggiungerne molti altri.

Il Boullenois così si esprime: « Quelle coutume doit » déterminer la majorité ou la minorité? Sur cette ques- » tion il ne peut y avoir de combat qu'entre la cou- » tume du domicile actuel et celle du jour de la naissance. » Dans mes dissertations mixtes j'ai fait voir que *c'était* » *le domicile de pères et mères au jour de la naissance* » *qui devait l'emporter,* parce que la loi acquérait sur » un enfant, qui naît de parents domiciliés dans l'étendue » de son territoire, un droit de veiller pour lui-même, et » que *ce droit de protection la met en état de suivre cet en-* » *fant partout où il peut aller*.... Le lieu de la naissance im- » prime certainement dans le sujet une note indélébile. »[1]

[1] *Traité de la personnalité des lois*, tit. I, c. 2, obs. IV, p. 55.

Anche il Gaill ammette la legge del domicilio di origine:

« Domicilium naturale vel originis de jure com-
» muni immutabile est adco ut renunciatio civis et
» translatio domicilii nihil operentur, eo quod jura na-
» turalia sint immutabilia: *quocumque se trasfert civis*
» *originarius nihilominus jus originis retinet.* »[1]

Il Burgundio:

« Conditio personae a causa domicilii tota regitur.
» Nam ut consensiunt doctores idem sunt forum sortiri
» et statutis subijci et *unusquisque talis esse presumi-*
» *tur qualis est dispositio statutis suae patriae.* Proinde
» ut sciamus uxor in potestate sit mariti nec ne, qua
» aetate minor contrahere possit et ejusmodi, respicere
» oportet ad legem cujusque domicilii. »[2]

Story, dopo avere esposto le diverse opinioni degli scrittori che opinano che debba prevalere la legge del domicilio di origine, così riassume l'opinione di Henry:[3]

« The reason given by those civilians who hold the
» opinion that the law of the domicil of birth ought in
» all cases to prevail over the law of the place of the
» actual domicil in fixing the age of majority, and that
» it remains unalterable by any change of domicil, is
» that each state or nation is presumed to be the best
» capable of judging from the physical circumstances of
» climate or otherwise, when the faculties of its citizens
» are morally or civilly perfect for the purposes of so-
» ciety. »[4]

[1] Gaill, Pract. obser. L. 2, c. 36.

[2] Burgundus, Tract. 2, n. 6.

[3] Henry, *on Foreing Law*, p. 5 e 6.

[4] Story, *on Conflict of Laws*, § 72. La ragione dei civilisti che opinano, che per fissare l'epoca della maggiorità debba in ogni caso prevalere la legge del domicilio di origine su quella del domicilio attuale, e che debba essere inalterabile non ostante i successivi mutamenti di domicilio, è, perchè

Fra i moderni incontra maggior favore l'opinione da noi accettata e sanzionata nella legislazione nostra, ed è con grande sorpresa che troviamo asserito da alcuni[1] che tutti gli scrittori francesi, eccetto il Merlin, accettano un'opinione contraria alla nostra, mentre in verità la *communis opinio* degli scrittori moderni, soprattutto dei francesi, è conforme alla nostra.

Il Pardessus così si esprime:[2]

« Une personne déclarée incapable par la loi du
» pays dont elle est sujette, ne peut être relevée de
» cette incapacité par l'application d'une loi française.
» Elle n'est capable que dans les limites de sa loi *natio-*
» *nale,* pour les actes qu'elle lui permet, et même qu'en
» remplissant les conditions prescrites par cette loi. »

Zaccaria dice:

« Le juge français appelé à statuer sur la validité
» d'un acte passé par un étranger, et attaqué par ce
» dernier pour cause d'incapacité, doit, en général,
» prendre pour guide de sa décision *la loi nationale* de
» cet étranger. Ainsi, un acte passé par un étranger ca-
» pable d'après la législation de son pays, doit être
» maintenu par le juge français, bien que d'après la
» loi française cet étranger fût dépourvu de la capacité
» nécessaire. Réciproquement, les actes passés par un
» étranger incapable d'après sa loi nationale, doivent
» être annulés, bien que, d'après la loi française, il
» jouisse de la capacité requise. »[3]

Aubry et Rau:

ciascuno Stato o nazione si deve presumere il più competente a giudicare secondo le circostanze fisiche di clima e simili, quando le facoltà dei suoi cittadini sono moralmente e civilmente perfette.

[1] Bianchi, *Studi sul Dir. intern. priv.*, p. 38.

[2] Pardessus, *Dr. comm.*, t. IV, n. 1482, p. 239 (6me édit.).

[3] *Cours de Droit civ. fran.*, par Aubry et Rau, § 31 2° (*a*), p. 92 (4me édit., 1869).

« L'étranger qui établit son domicile en France
» en vertu d'une autorisation du Gouvernement n'en
» reste pas moins étranger. S'il est placé sur la même
» ligne que le français quant à la jouissance des droits
» civils, il en résulte bien qu'il est, comme ce dernier,
» admis à l'exercice de ces droits dans la mesure de sa
» capacité personnelle, mais nullement que cette capa-
» cité doive, comme celle du français, être appréciée
» d'après la loi française. »[1]

Wheaton :

« En général, les lois de l'État concernant la con-
» dition civile et la capacité personnelle des citoyens
» leur sont applicables même quand ils résident en pays
» térangers.... Les lois de l'État concernant toutes les
» qualités personnelles universelles de ces citoyens, les
» suivent partout et s'attachent à eux n'importe dans
» quel pays ils résident. »[2]

Calvo:

« Le droit de législation des nations comprend
» tout ce qui a rapport à l'état et à la capacité de leurs
» sujets quant à l'étendue et à l'exercice de leurs droits
» civils: on est donc fondé à dire que la loi personnelle
» de chaque individu *est celle du pays auquel il appar-*
» *tient,* laquelle est connue plus généralement sous le
» nom de statut personnel. Le caractère distinctif des
» lois qui composent le statut personnel consiste en ce
» qu'elles accompagnent la personne partout où elle va,
» *qu'elles ne s'appliquent qu'aux nationaux.* »[3]

[1] Aubry et Rau sur Zacharia (4me édit), § 51, uote 24, p. 91, e citano in conferma Delvincourt, 1, p. 194; Duranton, 1, 141 ; Demolombe, 1, 265; De Frém uville, *De la minorité*, 1, p. 11; Soloman, *Essai sur la condition juridique des étrangers*, p. 31.

[2] Wheaton, t. I, ch. 2, § 6, p. 111.

[3] Calvo, *Droit intern.*, t. I, § 242, p. 361.

Heffter nella più recente edizione della sua opera da lui medesimo riveduta e ampliata dice:

« Le sujet d'un État continue pendant son séjour à » l'étranger à être soumis à la jurisdiction et *aux lois* » *de sa patrie.*

» Dans plusieurs contrées de l'Allemagne les étran- » gers qui y possèdent des immeubles, sont regardés » sous ce rapport (*jure landsassiatus*) comme sujets et » soumis même pour leurs affaires personnelles aux » lois et Tribunaux du pays, tandis que *leur famille et* » *leurs autres biens continuent à être régis par les lois* » *du domicile d'origine.* »[1]

Giurisprudenza circa la legge che deve regolare lo stato e la capacità giuridica dello straniero. (§ 45-50.)

Molte decisioni di Tribunali confermano la dottrina da noi esposta nel testo.

Noteremo innanzi tutto che in quei paesi, nei quali è prevalsa la massima che le quistioni di stato dovessero decidersi in conformità della legge del domicilio della persona, non si è mai considerato sufficiente il semplice domicilio per sottomettere l'individuo alla legge. Il Tribunale di 3ª istanza di Milano decise infatti: « Affinchè » il domicilio valga a stabilire l'appartenenza di uno stra- » niero allo Stato dev'essere accompagnato dall'inten- » zione *perpetuo manendi,* di vivere, cioè, e morire » nel luogo dove esso lo prende. Questo e non qualun- » que domicilio vale pel § 34 del Codice vigente in Lom- » bardia a far sì che la capacità personale dello straniero » sia regolata dalle leggi vigenti nel luogo del domicilio » e non da quelle del luogo di origine. » Circostanze, in

[1] Heffter, *Dr. intern.*, § 59, p. 121; § 61, p. 124 (3me édit., 1873).

concorso delle quali un cittadino sardo che soggiornava da parecchi anni in Lombardia, fu ritenuto tuttora soggetto allo statuto personale del suo domicilio di origine.[1]

Molto più esplicite poi sono le decisioni dei Tribunali francesi.

La Corte di Chambéry decise:

« Les lois qui régissent l'état et la capacité des » étrangers les suivent en France lorsqu'ils y établis» sent leur domicile; »[2] e la Corte di Parigi a proposito di una domanda, per pensione alimentaria, elevata da uno straniero divenuto francese contro uno straniero, decise che la quistione di stato sollevata incidentalmente « doit être appréciée d'après les règles du » statut étranger commun aux deux parties et sous » l'empire duquel l'obligation alimentaire avait pris » naissance. »[3]

E la Corte di Parigi e la Cassazione decisero:

« L'étranger mineur suivant les lois de son pays, » mais qui a atteint l'âge fixé par la loi française pour » la majorité, ne peut contracter en France comme ma» jeur. »[4]

La medesima Cassazione fece un'applicazione dello stesso principio agl'Israeliti indigeni dell'Algeria che dopo il senato-consulto del 14 luglio 1865 non reclamarono la qualità di cittadini francesi, e ritenne che si dovessero considerare sottomessi alla legge francese per gli statuti reali, e alla legge mosaica per i personali.[5]

In alcune decisioni rese dalle Corti del Belgio si

[1] Trib. Supr. di 3ª ist. di Milano, 15 febbraio 1863 (Negroni-Morosini), *Monitore* 1863, 207.

[2] Chambéry, 15 juin 1859 (Fernex), *Journal du Palais* 70, 895.

[3] Paris, 2 août 1863 (De Civry), *Journal du Palais* 66, 1245.

[4] Paris, 20 fév. 1858 e Cass., 16 janv. 1861 (De Lizardi), *Journal du Palais* 62, 427.

[5] Cass. Fr., 27 mars 1872 (Tabet et consorts), Dal. 72, 1, 513.

trova accettato il principio che la legge personale dello straniero è quella del suo domicilio di origine. Così decise infatti la Corte di Bruxelles:

« La qualité de père et d'administrateur légal, de » même que celle de tuteur, relève du statut personnel » et suit la personne de celui qui en est investi. Elle » se règle *par la loi du domicile d'origine* et non par » celle du lieu de la résidence. »[1]

Il Senato di Varsavia, che è la suprema Corte di giustizia, ha recentemente deciso, contro l'opinione del Tribunale e della Corte di Varsavia, che la legge personale dello straniero deve regolare lo stato e la capacità giuridica dello stesso, anche quando è in opposizione con lo statuto reale, e quindi « que la faculté de » redes prend engagements étant un statut personnel, » doit être régie selon les lois du pays dont le contrac» tant est sujet.[2]

L'eccezione poi alla massima fu così formulata dalla Corte di Cassazione francese: « Le droit qui appartient » aux Tribunaux français d'appliquer, entre les parties » qui peuvent les invoquer, les lois d'un pays étranger, » s'arrête lorsque ces lois blessent un principe d'ordre » public édicté par la loi française. »[3]

Un'altra eccezione ammessa dal Tribunale di Milano è, se per un determinato atto la legge del luogo stabilisce espressamente che la capacità dello straniero debba misurarsi secondo le prescrizioni della legge locale. Così l'Art. 84 della legge cambiaria austriaca, vigente a Milano innanzi l'unificazione, disponeva che lo straniero, sebbene incapace secondo la sua legge personale, po-

[1] Bruxelles, 29 juillet 1865 (Lindoso), *Pas. Belge* 1866, p. 57.

[2] Senato di Varsavia, 1873; *Journal du Dr. int privé*, par M. Clunet, 1874, n. 1, p. 48

[3] Cass. Fr., 25 mai 1868 (De Civry), Pal. 68, 939.

teva validamente contrarre un' obbligazione cambiaria se era capace secondo quella legge. [1]

Proposte d' un Codice internazionale. (§ 51.)

Nei progetti di Codice internazionale compilati per stabilire un diritto comune fra gli Stati, la regola che si propone per lo stato e la capacità giuridica dello straniero è conforme a quella da noi sostenuta.

Nel progetto infatti del Petrushevecz si legge, Articolo 177:

« La loi civile de l'État dont l'individu est le sujet, » règle tout ce qui concerne l'état et la capacité de sa » personne. » [2]

Nel progetto poi fatto dal Comitato eletto dalla *National Association for the promotion of social science*, e che fu riportato dal *Monitore dei Tribunali*, si legge:

« Art. 2° Lo stato o condizione che uno straniero » possiede per le leggi della sua propria nazione sono » riconosciuti come un fatto da tutte le altre nazioni, » tranne in quella parte che si trova in contradizione » colle loro leggi positive, ma i privilegi che furono » annessi a tale stato si considerano come territoriali » e non sono riconosciuti dalle altre nazioni.

» Art. 3° Il periodo dell' infanzia, in quanto influi- » sce sulla capacità di uno straniero a contrarre, si giu- » dica dovunque secondo la legge nazionale di lui. » [3]

A questo Articolo è fatta la seguente nota:

Questa regola fu molto disputata, ma pare da seguirsi per il principio innegabile che ogni nazione è il miglior giudice della capacità o incapacità dei suoi sud-

[1] Milano, 22 agosto 1866 (Manazzini), Caveri 6, 2, 269.
[2] Petrushevecz, *Précis d'un Code du Dr. intern.*
[3] *Monitore dei Tribunali*, vol. VIII, anno 1867, n. 49, p. 1149.

diti per motivo di età, dipendendo essa dal clima e dalla società in cui viviamo.[1]

Discussione del Progetto del nostro Codice civile. (§ 51.)

Noteremo eziandio, che, quando si discusse il Progetto del nostro Codice civile, si disputò largamente circa la legge che dovea regolare lo stato e la capacità giuridica dello straniero.

Un solo dei Commissarii, De Foresta, propose di sostituire alla legge della nazione la legge del domicilio, ma a solo motivo di evitare i dubbii circa l'applicazione della legge nei casi che lo Stato fosse diviso in sezioni rette da leggi diverse. Era chiaro quindi che egli voleva parlare di legge del domicilio di origine. Anzi l'insigne giureconsulto Bartalini soggiunse, che, se tali considerazioni dovevano valere, sarebbe stato meglio sostituire la parola *paese*, perchè, egli disse, potendo avvenire che taluno sia domiciliato fuori del suo paese, *è evidente che in sì fatto caso non dovrebbe guardarsi alla legge del domicilio, ma alla legge del paese cui lo straniero appartiene.* Fu poi adottata la parola *nazione* per le dotte considerazioni dell'illustre Mancini, il quale concluse che era meglio evitare il dubbio che nascerebbe se si usasse la parola *paese*, se cioè sia al paese di origine o a quello del domicilio che abbiasi ad aver riguardo.[2]

Tralasciamo di citare tutti i commentatori del nostro Codice civile, tra i quali non troviamo alcuno che abbia criticato la massima sanzionata dal nostro legislatore.

Il già detto ci sembra sufficiente a far conoscere

[1] Vedi le note al *Progetto*, loc. cit.
[2] Verbale n. 32, seduta antim. 27 maggio 1865.

come a torto si combatte la dottrina da noi accettata, asserendo che è contraria la *communis opinio* degli scrittori medioevali e della maggioranza dei moderni.

Diversi sistemi nel determinare la cittadinanza. (§ 52.)

Continua sempre fra le leggi moderne un'ingiustificabile diversità rispetto al modo di determinare la cittadinanza, che nuoce moltissimo per i conflitti che si verificano nella pratica. Alcune, conservando sempre il principio feudale, attribuiscono la cittadinanza pel semplice fatto dell'essere nato nel territorio; altre la fanno dipendere dai vincoli di sangue e dall'origine paterna. Dice bene il Bluntschli che determinando la cittadinanza del fanciullo secondo i rapporti *reali* col luogo di nascita, piuttostochè coi rapporti *personali* coi suoi parenti, si abbassa l'uomo al livello degli animali domestici, che si considerano come un accessorio del suolo.

Dividiamo completamente la sua opinione, che la diversità delle leggi circa l'acquisto e la perdita della cittadinanza rende incerto lo stato giuridico delle persone e delle famiglie, e che gioverebbe imitare l'esempio degli Stati Uniti d'America e degli Stati della Germania, che nei recenti trattati accettarono un diritto comune per determinare la cittadinanza.[1]

(*a*) *Legge inglese del* 1870.

(*a*) Questa legge non ha abolito completamente il principio feudale di attribuire la cittadinanza *jure soli.* Essa considera come cittadini inglesi tutti quelli nati nel territorio britannico; solo concede loro, quando arrivino

[1] Vedi *Revue du Droit inter.* 1870, p. 167.

all'età maggiore, il preferire di essere cittadini della patria del padre, facendone la dichiarazione. Questa disposizione è tanto meno giustificabile, in quanto che la stessa legge inglese considera come cittadino inglese il fanciullo nato da padre inglese in paese straniero, fino a dichiarazione contraria.

Rispetto alla donna maritata e ai figli minori la nuova legge dispone che la donna maritata segue la condizione del marito e diventa cittadina dello Stato del marito. I figli minori poi li considera cittadini della nuova patria del padre o della vedova, se durante la minorennità stabiliscono la residenza nel paese in cui il padre o la vedova acquistarono la cittadinanza.[1]

(*b*) *Principii che prevalgono in America.*

(*b*) Nella maggior parte delle Repubbliche dell'America del Nord prevale il principio che la cittadinanza del fanciullo si determina secondo il luogo della nascita, senza preoccuparsi della patria dei suoi parenti.

(*c*) *Legge per la Repubblica Argentina.*

(*c*) Secondo la legge del 1° ottobre 1869, Art. 1°, tutti gl'individui nati o nascituri nel territorio della Repubblica, ad eccezione dei figli dei Ministri stranieri, sono Argentini, qualunque potesse essere la nazionalità del padre. Agli Argentini invece nati all'estero è concesso di ottare per la cittadinanza di origine.

(*d*) *Legge di Venezuela.*

(*d*) A Venezuela sono considerati come cittadini quelli nati nel territorio. La legge del 13 maggio 1873 di-

[1] *Bulletin de la Société de législation comparée* (1871-72).

spone che quelli nati a Venezuela e che celino la loro cittadinanza, facendosi credere forestieri, o che tentino ciò fare mediante documenti della patria dei loro genitori, saranno ritenuti come falsarii e spergiuri, e puniti come tali.

Giurisprudenza francese circa l'acquisto della cittadinanza. (§ 54.)

Sono sempre vive in Francia le rimembranze dell'antica legislazione, che attribuiva la cittadinanza a chiunque nasceva in quel territorio.

La Corte di Cassazione decise che il fanciullo nato in Francia da uno straniero prima della pubblicazione del Codice civile era di pieno diritto investito della qualità difrancese.[1] In conseguenza il figlio di un individuo che nato in Francia da uno straniero prima del Codice civile era Francese per nascita, è egli stesso francese come nato da un Francese, e non può rinunciare alla sua nazionalità francese come se fosse nato da uno straniero.[2]

La Corte di Cassazione nella causa Sioën, nato in Francia da un padre belga, ritenne in diritto che tale individuo poteva reclamare la qualità di francese, facendone la dichiarazione nell'anno seguente a quello della sua maggiorità.[3] E si noti che il fanciullo nato in Francia da uno straniero, facendo la dichiarazione prescritta dall'Art. 9° Cod. civ., è considerato francese dal giorno stesso della sua nascita.[4] Il Tribunale di Lille nella causa Bonzel nato a Haubourdin da padre prussiano che era

[1] Cass., 5 mai 1862 (Lebeau), Pal. 63, 312. — Cass., 5 mai 1862 (Hénault), ibid.

[2] Même arrêt.

[3] Cass., 27 janv. 1869 (Sioën), Pal. 1869, 295.

[4] Cass., 19 juillet 1848 (De G...., c. De B....), Pas. 48, 1, 529. — Cfr. *Tab. gén. Dev.*, v. *Étranger*, n. 21.

nato a Lille, ritenne « qu'il est né français; que seu-
» lement dans l'année qui a suivi la majorité telle qu'elle
» est fixée par la loi française, il avait le droit de récla-
» mer la qualité d'étranger par une déclaration faite de-
» vant l'Autorité municipale du lieu de sa résidence. »[1]

Del mutamento di cittadinanza del padre, mentre il suo figlio è minore. (§ 55.)

Circa gli effetti che può avere la perdita della cittadinanza del padre sulla cittadinanza del suo figlio minore, l'Art. 8° della legge 19 gennaio 1869 per la Turchia dispone:

« L'enfant même mineur d'un sujet ottoman qui
» s'est naturalisé étranger ou qui a perdu sa nationalité
» ne suit pas la condition de son père et reste sujet ot-
» toman. L'enfant même mineur d'un étranger qui
» s'est naturalisé ottoman ne suit pas la condition de
» son père et reste étranger. »[2]

La quale massima, che a noi sembra la più razionale, perchè rispetta l'individualità del figlio minore, la troviamo accettata anche in America, non ostante che ivi sieno molto larghi nell'attribuire la cittadinanza americana per accrescere la popolazione. La legge del 1° ottobre 1869 per la Repubblica Argentina così dispone: « Il figlio di un naturalizzato, ancora minore
» nel momento della naturalizzazione di suo padre, può
» divenire cittadino argentino, arrolandosi nella guar-
» dia nazionale nell'epoca fissata dalla legge. »

Della cittadinanza delle persone morali.

Nella stessa guisa che gl'individui o sono cittadini

[1] Tr. de Lille, 18 mai 1872 (Bonzel), Pal. 1872, 491.
[2] *Revue du Dr. inter.* 1870, p. 319. — Cfr. Chambéry, 29 avril 1873, Pal. 73, 462.

o stranieri, così le persone giuridiche, ossia i Corpi morali, gl'Istituti, le Università di qualunque natura o sono nazionali o esteri. Ma quali sono gli elementi da cui deve desumersi il carattere nazionale di un istituto? Come saggiamente disse la Corte di Appello di Roma nell'importante causa del Monastero delle Dame francesi, non si può qualificare come estero un istituto per la semplice considerazione che tutti i membri che ne fanno parte sono stranieri. Non si possono infatti confondere le qualificazioni giuridiche degli individui *uti singuli* colle qualificazioni giuridiche del corpo morale *uti universitas*, nè la personalità giuridica degli uni va confusa colla personalità giuridica dell'altro. Ogni persona giuridica acquista esistenza legale mercè un atto di fondazione approvato dalla suprema Autorità, ed a questo conviene attendere per decidere se è nazionale o estero. Se la personalità giuridica fu attribuita ad un istituto dalla suprema Autorità nazionale, esso dev'essere considerato come istituto nazionale; se invece fu fondato da suprema Autorità straniera ed eserciti poi nel nostro Stato i diritti derivanti dalla personalità giuridica a lui attribuita dall'Autorità straniera, sarà considerato come straniero.[1] Determinata la nazionalità di una persona giuridica, tutte le quistioni che si riferiscono alla capacità di diritto e alla capacità di agire, ossia alle condizioni della loro legale esistenza e al modo ond'esse costituite che sieno legalmente possono obbligarsi, vanno risolute, applicando la legge nazionale come per le persone fisiche.[2]

[1] Corte d'App. di Roma, 7 febbraio 1872 (Monast. delle Dame francesi), *Gazz. del Proc.* 1872, p. 103.
[2] Milone, *Princ. del Dir. int. priv.*, p. 28.

Influenza del domicilio per l'acquisto della cittadinanza. (§ 59.)

Secondo la legge nostra, il domicilio per quanto prolungato non può menare all'acquisto della cittadinanza. Il domicilio decennale di un padre straniero fa acquistare la cittadinanza al figlio da lui nato nello Stato. Conviene per altro stabilire se lo straniero tenne nel nostro Stato il decennale domicilio con o senza l'animo di perpetua dimora, la quale presunzione verrebbe esclusa, se il padre avesse qualificato in atti pubblici la propria residenza, luogo di semplice villeggiatura, e abbia tenuto costantemente all'estero la propria casa. [1]

In Francia, ove l'autorizzazione del Governo a stabilire il domicilio è necessaria pel godimento dei diritti civili, la residenza per quanto prolungata non vale a far considerare lo straniero legalmente domiciliato. [2]

Quantunque il domicilio e la cittadinanza sono due rapporti essenzialmente diversi, e trasportando altrove il centro dei proprii affari non si rompono i rapporti colla patria di origine, [3] si può per altro osservare che il nucleo dell'associazione politica, di cui la sovranità è l'espressione morale, è formato dalla popolazione residente, e che unicamente sotto la condizione di una dimora stabile è possibile la comunànza di vita sociale e politica. Chi si allontana dalla sua patria coll'intenzione di ritornarvi non annienta tutte le sue obbligazioni come cittadino, e benchè domiciliato in paese

[1] Corte delle Puglie, 20 maggio 1863 (Gianotti), Bettini, XV, 2, 381.

[2] Paris, 14 juillet 1871 (Bergold), Pal. 1871, 505 e la nota ivi. — Cass., 19 mars 1872 (Craven), Pal. 72, 560. — Hâvre, 22 août 1872 (Myers et Bocket), Pal. 72, 1219.

[3] Ancona, 16 settembre 1872 (Belli), *Ann. Giur.* 72, 2, 446. — Ancona, 27 gennaio 1862 (Waddington), Bettini, XIV, 2, 106. — Modena, 5 agosto 1865 (Crouy-Chanel), Bettini, XVII, 2, 449.

straniero ha diritto alla protezione dello Stato, cui egli continua ad appartenere.[1] Ma quegli che si allontana dalla patria coll' intenzione manifesta di non più ritornarvi, deve continuare a tempo indefinito a vivere sotto la protezione della sovranità di uno Stato, cui effettivamente ha cessato di appartenere? Ad eliminare gli equivoci sarebbe forse meglio stabilire che il domicilio prolungato per un dato tempo (10 anni per esempio) non per ragioni commerciali, con intenzione di non più ritornare in patria e senza dichiarazione espressa di volère riservati i diritti della propria cittadinanza d'origine, dovrebbe valere a sostituire alla patria vera la patria elettiva, come proponeva anche il Westlake.[2]

Leggi e Decreti francesi circa la naturalizzazione. (§ 61.)

La legge del 29 giugno 1867 modificò in due parti la legge del 1849. Abrogò l'Art. 1° e 2° di detta legge, e dispose che può ottenere la naturalizzazione lo straniero di 21 anni autorizzato a stabilire domicilio in Francia e residente da tre anni, il quale periodo può essere ridotto ad un anno in favore degli stranieri che avessero reso alla Francia servigi importanti, o introdotte ivi o un'industria o utili invenzioni, o formati grandi stabilimenti o grandi aziende agricole. Detta legge abrogò inoltre l'Art. 5° della legge del 1849, che richiedeva la grande naturalizzazione per l'eligibilità all'Assemblea Nazionale.

Il decreto del 12 febbraio 1870 autorizzò il Ministro

[1] Cfr. la Sentenza del Tr. Sup. di 3a istanza di Milano, 15 febb. 1863 (Negroni-Morosini), *Monitore* 1865. 207.

[2] *Revue du Droit intern.* 1869, p. 102. Vedi l'importante articolo del Bluntschli, *Revue du Dr. inter.* 1870, p. 107. — Sir Travers Twiss è arrivato fino a dire che il domicilio dovrebbe essere il criterio per giudicare della nazionalità: « Domicile the criterion of national character. » — *Law of Nations in Time of Peace*, p. 252.

della Giustizia a statuire sulle domande di naturalizzazione senza il previo parere del Consiglio di Stato. I decreti finalmente del 26 ottobre e 19 novembre dispensarono da qualunque obbligo di residenza gli stranieri che resero servigi alla Francia nell'ultima guerra contro la Germania e che domandarono di essere naturalizzati.

Legge inglese del 1870 circa la naturalizzazione. (§ 62.)

La legge nuova consacra, rispetto alla facoltà di espatriare, principii più liberali di quelli che prevalevano nelle leggi anteriori. Alla massima *nemo potest exuere patriam* che toglieva la facoltà di espatriare liberamente, è sostituita l'altra, che cioè la naturalizzazione in paese straniero deve dipendere unicamente dalla libera elezione dell'individuo. Appena il cittadino inglese si fa naturalizzare in paese straniero e stabilisce ivi la sua residenza, perde la cittadinanza inglese per sempre. La nazionalità britannica perduta si può per altro riacquistare o prestando servizio a S. M. Britannica, o stabilendo per cinque anni la residenza in qualunque possesso britannico. Per essere naturalizzato in Inghilterra si richiede di avere servito S. M. Britannica, o avere stabilita la residenza nel Regno Unito per cinque anni. Lo straniero naturalizzato è equiparato completamente al cittadino originario, e il naturalizzato può eziandio divenire membro del Parlamento e del Consiglio privato della Regina.

Leggi dei diversi paesi di Europa e d' America. (§ 65.)

Le leggi che regolano attualmente la naturalizzazione nel Belgio, in Russia, nella Svizzera, nella Spa-

gna, nel Portogallo, nell' Austria, in Prussia, in Baviera, in Svezia, in Turchia, sono accuratamente esposte dal William Beach-Lawrence[1] e dal Calvo.[2]

I più minuti particolari per la naturalizzazione nelle Repubbliche e negli Stati Uniti di America si possono leggere nella stessa opera del Calvo.[3] In generale le leggi americane facilitano la naturalizzazione per accrescere la popolazione, e senza distinzione di razza e di origine concedono la cittadinanza a quelli che mostrano di volere arricchire il paese coi frutti dell' ingegno, dell' esperienza, del lavoro. Alcune Repubbliche concedono ai naturalizzati tutti i vantaggi, anche quello di occupare le cariche e gli ufficii pubblici, ad eccezione soltanto della carica di presidente o vice-presidente della Repubblica.

Dei Protetti *ottomanni e dell' influenza del* Protettorato *sulla nazionalità dei* Protetti.

È degna di speciale considerazione la condizione in cui si trovano in Oriente i *Protetti*, ossia le persone che godono il protettorato di uno degli Stati che ha Capitolazione col Governo ottomanno. Ve ne sono di tre categorie:

a) Cittadini ottomanni addetti al servizio dei Consolati e delle Legazioni (Dragomanni guardie); [4]

b) Stranieri appartenenti ad uno Stato che non ha ivi Rappresentanti nè Capitolazioni;

[1] *Commentaire sur Weathon*, t. III, p. 213 e seg.

[2] *Le Droit international théorique et pratique*, t. I, p. 441 e seg.

[3] Op. e loc. cit., p. 444.

[4] Le immunità, di cui godono le persone addette al servizio *effettivo* delle Legazioni e dei Consolati, valgono anche fuori del territorio ottomanno, sempre che siano ivi per ragione di servizio. Non si estende alle persone addette al servizio particolare del Ministro o del Console.

c) Membri di antiche famiglie armene, greche, israelite, ec., le quali stabilite *ab antiquo* in Oriente ottennero il protettorato di una delle Rappresentanze europee.

I *Protetti* sono in una condizione eccezionale di estraterritorialità; sono infatti esenti dalla giurisdizione locale e soggetti alla giurisdizione consolare. Tale privilegio fondato sull' uso, e non regolato da speciali convenzioni,[1] è personale e temporaneo per i *Protetti* della prima categoria; è esteso alla famiglia e trasmissibile ai discendenti per i *Protetti* della seconda categoria (dura per altro, finchè lo Stato, di cui sono cittadini, non stabilisca un rappresentante presso il Governo ottomanno); è permanente e trasmissibile per i *Protetti* della terza categoria, che vanno diminuendo a mano a mano che si estinguono la famiglie.

È indubitato che i *Protetti* della prima e seconda categoria non acquistano la cittadinanza dello Stato che li protegge, ma conservano la nazionalità originaria. Si potrebbe dubitare per quelli della terza categoria, dei quali non si conosce la nazionalità originaria; ci sembra per altro che essi debbano considerarsi come cittadini ottomanni, tanto più perchè da una parte la Sublime Porta, mentre tollera la protezione, non cessa di considerarli come sudditi, e dall' altra gli Stati europei senza volere rinunziare al diritto di proteggerli non hanno mai preteso di considerarli come sudditi proprii.

Della dichiarazione di assenza di uno straniero. (§ 72.)

Il Tribunale del paese ove si trovano gl' immobili di uno straniero, che non abbia ivi domicilio, non sarebbe

[1] Non vi è alcuna Capitolazione che si occupi dei *Protetti*; evvi solo in tutte le Capitolazioni la proibizione di proteggere i sudditi ottomanni che non siano addetti al servizio dei Consolati o Legazioni. Il Regolamento del 1863 determina la condizione dei *Protetti* di prima categoria.

competente a dichiarare l'assenza dello stesso, ma potrebbe autorizzare i provvedimenti per la conservazione del patrimonio. Tali provvedimenti sono applicabili a tutti come misure di polizia, non così le leggi circa l'assenza che modificano lo stato della persona.[1]

Legge che deve regolare il matrimonio dei Protetti *nel Levante e degl' Israeliti di Algeri.* (§ 82.)

Si è dubitato se quelli che vivono nel Levante sotto il protettorato di una delle Potenze europee, devono essere regolati per le quistioni di stato dalla legge di quella Potenza che tutela le loro persone e i loro beni; e specialmente se il matrimonio dei Protetti levantini dev' essere regolato dalla legge della loro patria di origine, o da quella dello Stato di cui godono il protettorato. La Corte di Cassazione di Torino e la Corte di Torino contro la sentenza della Corte di Genova (4 luglio 1862) decisero che la condizione eccezionale, in cui si trovano i Protetti levantini, non muta la legge personale cui essi sono soggetti, e che finchè non pèrdono la loro propria nazionalità devono essere soggetti alla loro legge nazionale per tutte le quistioni di stato; e quindi che il matrimonio celebrato in Egitto da un Italiano sotto il protettorato della Francia dev' essere governato dalle leggi nostre e non dal Codice Napoleone.[2]

La massima da noi esposta nel testo circa la legge con cui risolvere le contestazioni relative al matrimonio degli stranieri, è stata applicata dai Tribunali francesi ai matrimonii tra gl' Israeliti indigeni di Algeri, i

[1] Douai, 2 août 1854 (Enregistrement), Pal. 54, 575.
[2] Torino, 31 gennaio 1865. — Cass. Torino, 29 novembre 1866 (Reimbaud), *Ann. Giur.* 1866, 1, 200. — Cfr. Cass. Fr, 18 avril 1865, Dal. 65, 548.

quali si sono considerati retti dalla legge mosaica, che è la loro legge personale. Ed è stato inoltre stabilito che, se il matrimonio sia celebrato colle forme prescritte dalla legge francese, e davanti all'ufficiale dello stato civile francese prima di presentarsi davanti al rabino, [1] non si deve ammettere che le parti avessero voluto rinunciare al loro statuto personale per sottomettersi alla legge francese; e quindi che il matrimonio tra Israeliti algerini non importa le conseguenze civili secondo il Codice Napoleone, ma è retto dalla legge mosaica. [2]

Del matrimonio di una donna divorziata. (§ 82-84.)

La Corte di Parigi, contro l'opinione del Tribunale della Senna, ha deciso che la donna divorziata non può invocare il suo statuto personale per contrarre matrimonio tosto dopo ottenuto il divorzio. Se la sua legge nazionale non richiedesse alcuna dilazione per celebrare il secondo matrimonio, non si potrebbe applicare contro il disposto dell'Art. 228 Cod. Civ. fr., che per motivo di ordine pubblico proibisce alla donna di non celebrare il secondo matrimonio se non sieno decorsi 10 mesi dalla dissoluzione del primo. [3]

Del matrimonio celebrato non ostante l'esistenza di un impedimento. (§ 93-94.)

Se il matrimonio fu celebrato all'estero tra due nazionali, o tra nazionale e straniero con tutte le formalità prescritte dalla legge di quel paese, e secondo la

[1] Alger, 19 mars 1866 (Sportés), Pal. 67, 815. — Alger, 19 janv. 1860 (Courcheya), Pal 61, 147.

[2] Alger, 26 juillet 1869 (Aboulker), Pal. 69, 1121.

[3] Paris, 13 fév. 1872 (Maire 8me arr. de Par.), Pal. 73, 473.

legge nazionale del marito non vi sia alcuna disposizione proibitiva che limiti rispetto al matrimonio la regola *locus regit actum,* tale matrimonio sarebbe validamente celebrato. Però, se alla sua celebrazione nel Regno avrebbe fatto ostacolo un impedimento personale e dirimente, o se non fossero state osservate nel Regno le formalità prescritte sotto pena di nullità, tale matrimonio produrrebbe gli effetti civili nel Regno come matrimonio putativo, semprechè constasse la buona fede dei coniugi o di quello che invoca il godimento degli effetti civili.

La Corte e la Cassazione di Napoli per altro ritennero che non si potrebbe presumere la buona fede in uno straniero che si unì ad un nazionale in paese straniero senza accertarsi che fossero state adempiute nel Regno tutte le formalità necessarie, e conclusero che in tale ipotesi i figli nati non si potevano reputare legittimi. Ammisero che si dovessero considerare quali figli naturali, senza che potesse fare ostacolo la mancanza del riconoscimento; imperocchè sarebbe stato vano ed assurdo pretendere il riconoscimento, quando la paternità è certificata dall'essere il figlio nato durante un matrimonio, che benchè improduttivo di effetti civili anche come matrimonio putativo, vale sempre come prova naturale e costante del nascimento.[1]

La giurisprudenza francese al contrario ritiene che la massima che non si ammette ignoranza della legge non si deve estendere alle disposizioni di una legge straniera,[2] e che la buona fede richiesta dal Cod. Napoleone, affinchè un matrimonio dichiarato nullo produca gli ef-

[1] Cass. Napoli, 2 marzo 1869 (Del Balse), *Gazz. Procur.* 1869, 16. — Napoli, 7 febbraio 1870 (Del Balso), *Gazz. Procur.* 70, 8; *Ann. Giur.* 70, 2, 283.

[2] Chambéry, 15 juin 1869 (Feroex), Pal. 70, 895.

fetti civili, può risultare così da un errore di diritto che da un errore di fatto.[1] È stato quindi deciso che il matrimonio celebrato tra un Francese ed una straniera dietro presentazione di un atto regolare, costatando il divorzio per mutuo consenso pronunziato in Francia (nell'anno 10), dovea essere considerato contratto in buona fede, se fu pubblicato e celebrato con tutte le formalità richieste, ancorchè il divorzio fu nullo, perchè la legge del paese degli sposi stranieri non ammetteva il divorzio per mutuo consenso. Il figlio nato da tale matrimonio fu considerato legittimo anche se concepito innanzi della sua celebrazione.[2]

Della legge che deve regolare la forma della celebrazione. (§ 98-99.)

La regola *locus regit actum* trova una giusta limitazione negli statuti proibitivi, ossia in quelle leggi all'osservanza delle quali i nazionali sono tenuti anche in paese straniero;[3] in tutti gli altri casi si applica al matrimonio come a tutti gli altri atti compiuti in paese straniero. Infatti negli Stati della Pensylvania (America del Nord) le leggi non richiedono per costatare l'esistenza legale del matrimonio nè atto civile, nè atto religioso, nè atto autentico, e neppure atto privato, e basta a provarlo la notorietà e la coabitazione colla riputazione pubblica di marito e moglie legittima; in Francia fu quindi deciso che tale notorietà deve essere considerata sufficiente a provare il matrimonio e quindi la legittimità dei figli da esso nati, e che la sentenza che apprez-

[1] Aix, 14 mars 1858 (Meynier), Pal. 58, 1082. — Paris, 9 fév. 1860 (Gandais), Pal. 60, 359. — Laurent, *Pr. du Dr. civ.*, t. II, n. 504.
[2] Chambéry cit., loc. cit.
[3] Napoli, 7 febbraio 1870 (Del Balso), *Gazz. Proc.* 70, 8.

zando gli atti, i fatti e le circostanze decide che due persone hanno avuto in Pensylvania lo stato di marito e di moglie legittima, e che la legittimità dei figli è provata in conformità delle leggi di quel paese, non è soggetta a Cassazione.[1]

La regola *locus regit actum* è pure applicabile ai matrimonii celebrati in Costantinopoli dagli stranieri e specialmente dagl' Italiani ivi residenti. Non ci sembra quindi che bene giudicò la Corte di Napoli,[2] « che per le » Capitolazioni stabilite tra le diverse Potenze e l' Impero ottomanno i sudditi esteri in Costantinopoli seguono per gli atti cui addivengono e quindi anche » pel matrimonio la forma stabilita dalle leggi del paese, » alla cui nazionalità appartengono. » Meglio disse la Cassazione di Torino, che nè le Capitolazioni esistenti tra il Regno d' Italia e l' Impero ottomanno, nè la conseguente finzione dell' estraterritorialità garantita a favore degl' Italiani residenti in Turchia, nè le disposizioni della nostra legge consolare limitano pei matrimonii celebrati in Turchia l' applicazione della regola comune.[3] È questa pure la massima sanzionata dalla giurisprudenza francese.[4]

Il principio *locus regit actum* male a proposito si invocherebbe per fare considerar valido in Italia il matrimonio celebrato nella casa di un Ambasciatore o di un Ministro straniero colle forme prescritte dalla legge dello Stato che rappresenta.[5]

[1] Cass. Fr, 15 janv. 1857 (De Valmy), Pal. 57, 598. — Paris, 20 janv. 1873 (Dussauce), Pal. 73, 721.

[2] 7 febbraio cit.

[3] Cass. Torino, 29 luglio 1870, *Monitore dei Trib.* 1870, 749.

[4] Aix, 20 mars 1862 (Dame Coccifi), Dal. 63, 2, 48. — Aix, 17 juin 1862, e Cass., 18 avril 1865 (Stiepowitch), Dal. 65, 348.

[5] Cfr. Paris, 6 avril 1869 (Maire du 8me arr. de Par.), Pal. 70, 715.

Delle necessità delle pubblicazioni e della trascrizione. (§ 104-105.)

Rispetto alla necessità delle pubblicazioni prevale sempre in Francia la massima che il matrimonio celebrato in paese straniero senza le pubblicazioni in Francia può essere annullato, se apparisca che tali formalità furono omesse in frode della legge per impedire la pubblicità del matrimonio.[1] Secondo decise la Corte di Orléans, se il matrimonio fu celebrato all'estero e furono omesse le pubblicazioni in Francia, si può domandare di celebrarlo di nuovo senza che sia previamente deliberato sulla validità di tale matrimonio.[2]

Circa allatr anscrizione del matrimonio celebrato da un Francese all'estero è stato deciso che può essere fatta latranscrizione entro i tre mesi dopo il ritorno in Francia e anche dopo la morte del marito.[3]

Condizione giuridica della donna maritata in Inghilterra secondo la legge del 1870. (§ 106.)

Il diritto comune dell'Inghilterra circa il diritto del marito sui beni della moglie è stato modificato e migliorato in favore della donna con la legge del 1870.

Prima la Corte di Cancelleria aveva concesso alle donne che si univano in matrimonio di affidare i loro beni mobili e immobili ai *trustees* (consegnatarii), i

[1] Lyon, 21 juin 1871 (Des Guidi), Pal. 72 900. — *Tr. de la Seine*, 2 juill. 1872 (Morgan), Pal. 72, 953. — Cfr. Nimes, 23 fév. 1858 (Gleize), Pal. 59, 514. — Paris, 11 juin 1858 (Redux), ibid. — Pau, 24 mars 1859 (Elleu), Pal. 59, 534. — Bastia, 7 mai 1859 (Castano), Pal. 60, 1061. — Cass., 19 fév. 1866 (Balmette), Pal. 66, 552. — Cass., 20 novembre 1866 (Léotard), Pal. 66, 196. — Paris, 20 janv. 1873 (Dussuco), Pal. 73, 721.

[2] Orléans, 26 août 1871 (Touraugin), Dal. 75, 2, 61.

[3] Nimes, 23 fév. 1858 (Gleize), Pal. 59, 514.

quali avevano l'obbligo di amministrarli separatamente a vantaggio della donna. La donna avea la libera disponibilità di questi beni come se non fosse maritata, e sotto la protezione della Corte ne esigeva la rendita e poteva alienarli, ricevere e spendere il prezzo, e obbligarsi con garanzia su detti beni. Successivamente per impedire che le donne maritate dissipassero le loro fortune, fu stabilito che i *trustees* dovessero conservare i beni costituiti in fidecommesso con l'obbligo di consegnarli, sotto la loro personale responsabilità, alla donna dopo la morte del marito, o ai figli dopo la morte di entrambi i coniugi, e senza facoltà di anticipare le rendite, le quali dovrebbero essere pagate a misura della scadenza effettiva.

Secondo questo sistema, che è il più comune in Inghilterra, la donna maritata può solo disporre delle sue rendite, e non sempre della totalità, potendo essere anche limitato il diritto di esigere tutte le rendite scadute.

In mancanza di convenzioni matrimoniali, se la donna durante il matrimonio riceve beni mobili, che per diritto comune passerebbero in potere del marito, la Corte, semprechè si tratti di cose soggette alla sua giurisdizione, può costringere il marito a riservare una parte di detti beni per la moglie e per i figli. Di detti beni il marito ha soltanto l'usufrutto, il quale passa alla moglie alla morte del marito, e la proprietà è devoluta ai figli alla morte di entrambi i genitori.

Varii tentativi sono stati fatti in Inghilterra per migliorare la condizione della donna maritata, e concederle la capacità di godere e disporre dei suoi beni alla pari delle donne non maritate. La legge del 1870 è il risultato dei varii *bill* proposti in questo senso. Detta legge concede però solamente la facoltà di disporre di determinate classi di beni tassativamente designati, ed

ha migliorata soprattutto la condizione delle donne maritate della classe operaia.

Fra i beni che sono considerati come proprietà della donna maritata, e che possono da questa essere destinati a suo uso personale, sono annoverati: gli stipendii, salarii e lucri acquistati nell'esercizio di una professione o di un commercio; le retribuzioni di ufficii letterarii, artistici e scientifici. Su detti beni il marito non ha alcun diritto, e solo le quietanze della moglie valgono a provare il pagamento.

Le donne maritate possono conservare come loro proprietà separata:

I depositi della Cassa di risparmio e le annualità dello Stato. — Le somme collocate in fondi pubblici. — Le azioni e obbligazioni intieramente acquistate nelle Società per azioni *joint stock Companies*. — Le azioni nelle Società industriali di previdenza, di mutuo soccorso, di case operaie e di credito popolare. — Le polizze di assicurazione sulla propria vita e su quella del marito.

Appartengono altresì in proprio alla donna le somme superiori a lire sterline 200 acquistate per donazione o legato durante il matrimonio, e le rendite dei beni immobili acquistati per successione.

Con tutti i suddetti beni la donna maritata può obbligarsi come se non fosse maritata, ed è tenuta al pagamento dei debiti contratti prima della celebrazione del matrimonio.[1]

Giurisprudenza circa i doveri dei coniugi. (§ 108-109.)

Il Tribunale civile di Evreux, ordinando ad una moglie straniera di coabitare col marito, applicò la legge francese, perchè considerò « que l'obligation pour la

[1] Westlake, *Rev. du Dr. int.* 1871, p. 195.

» femme d'habiter avec son mari est un effet du ma-
» riage; que fondée sur la religion, la morale et le
» Droit international en usage chez tous les peuples, elle
» est absolue, d'ordre public, et suit la femme en tous
» lieux; que par une conséquence nécessaire de ces
» principes, une obligation de cette nature doit obtenir
» la sanction des Tribunaux français. »[1]

Anche per decidere di una domanda per alimenti fu applicata la legge francese, perchè si disse che l'obbligo di prestare gli alimenti derivava dal diritto naturale, e la sua esecuzione interessava l'ordine pubblico.[2]

La donna straniera potrebbe obbligarsi validamente senza autorizzazione, se il marito dimora all'estero. (§ 110.)

La Corte di Torino ritenne che la donna maritata francese, che vuole stare in giudizio in Italia, ha bisogno dell'autorizzazione del marito. Osservò poi che tale autorizzazione non sarebbe necessaria se il marito fosse assente, e che si potrebbe dire assente sotto questo rispetto il marito che dimora all'estero mentre la moglie abita in Italia, ove ha contratto le obbligazioni per le quali è chiamata in giudizio. L'autorizzazione in tal caso potrebbe esserle concessa dalla Corte in appello.[3]

Giurisprudenza circa la separazione personale. (§ 115.)

Rispetto alla separazione personale i Tribunali francesi si sono sempre ritenuti competenti a provvedere alla sicurezza personale e agl'interessi urgenti degli

[1] 15 fév. 1861 (Rey Rstellet), Pal. 1871, 131 in nota. — Vedi pure ivi, Cour de Bastia, 21 mai 1856 (Arata), contre Tr. civ. de la Seine, 18 mai 1861 (Criado). — C. d'Alger, 6 juin 1870 (Perths), Dal. 70, 2, 214.

[2] Paris, 19 déc. 1833 (Favre), Sir. 34, 2, 384. — Lyon, 25 fév. 1857 (Rachal), Pal. 58, 1145.

[3] Torino, 3 marzo 1868 (Bauffremont), *Ann. Giur.* 1868, 2, 292.

sposi, assegnando loro, per esempio, un'abitazione separata[1] e una pensione alimentaria a chi ne avea diritto.[2] Il Presidente si è considerato anche autorizzato a concedere alla madre provvisoriamente la residenza in abitazione separata e la custodia dei figli.[3] Circa poi al decretare la separazione personale si sono considerati autorizzati a dichiararsi incompetenti, e anche d'ufficio, se i coniugi stranieri non aveano in Francia domicilio legale;[4] hanno ritenuto poi che dovessero ciò necessariamente fare, se il convenuto declinò la loro competenza.[5]

Della separazione dei beni di coniugi stranieri. (§ 116.)

I Tribunali italiani si sono considerati competenti non solo a pronunziare sul consenso comune di due coniugi stranieri la loro separazione personale, ma a pronunziare altresì la separazione dei beni, quantunque le leggi della nazione, cui quelli stranieri appartenevano, non concedevano alla donna separata il diritto alla restituzione della dote.[6] La quale dottrina, con tanti solidi argomenti combattuta dal Pubblico Ministero,[7] è contraria e alla dottrina esposta nel testo e a quella accettata a preferenza dai Tribunali francesi. Questi in generale si sono dichiarati incompetenti à pronunciare la separa-

[1] Metz, 26 juillet 1865, Pas. 1866, 922. — Vedi nello stesso senso Dijon, 28 déc. 1859, Sir. 60, 2, 270. — Colmar, 23 mai 1860, Sir. 60, 2, 488. — Paris, 1 fév. 1864, Sir. 65, 2, 96.

[2] Lyon, 25 fév. 1857 (Rachel), Palais 58, 1145, e Pal., *Répert.*, v. *Étranger*, n. 406.

[3] Angers, 20 fév. 1861 (Conzette), Pal. 62, 53.

[4] Lyon cit., loc. cit.

[5] Paris, 23 juin 1859 (Dausoigne-Méhul), Pal. 60, 86.

[6] Messina, 4 maggio 1869 (Maurocordato), *Ann. Giur.* 70, 2, 590.

[7] Vedi in nota ivi la conclusione del Pubblico Ministero, che con molta dottrina propugnò un principio contrario a quello ritenuto dalla Corte.

zione de' beni tra stranieri.[1] In un caso la competenza fu ammessa come eccezione alla regola, e fu perchè il convenuto non avea domicilio noto fuori del territorio francese. Si disse in quella circostanza, che se fosse dichiarata l'incompetenza l'attore sarebbe messo nell'impossibilità di far valere giudiziariamente i suoi diritti.[2] Si aggiungeva altresì che le parti aveano fatto nel contratto di matrimonio elezione di domicilio in Francia.

Giurisprudenza sulla filiazione e sull' indagine di paternità.
(§ 135-141.)

Le massime stabilite nel testo sono conformi a quelle sanzionate dalla giurisprudenza francese. Fu infatti deciso che una quistione di filiazione, sollevatasi incidentalmente in una lite che si agitava innanzi al Tribunale francese per ottenere una pensione alimentaria, dovea essere giudicata secondo la legge straniera comune alle due parti.[3]

Rispetto poi alle azioni per domandare l'annullamento di un matrimonio celebrato senza il consenso dei genitori, e alle cause per le quali si dovea ritenere estinta tale azione, fu detto che si doveano applicare le disposizioni del Codice Napoleone anche ai matrimonii contratti da Francesi nella Spagna.[4]

È invece contraria alla nostra la dottrina della Corte di Milano, che per determinare i diritti che derivano

[1] Metz, 26 juillet 1865 (Dame Raucq), Pas. 66, 922. — Cfr. Paris, 21 juill. 1818 e 20 mai 1826. — Dutruc, *Tr. de la sép. des biens*, n. 102. — Bioche, *Dict. de proc.*, v. *Séparation des biens*, n. 12. — Aubry et Rau sul § 748 bis di Zacharia.

[2] Cass., 7 mars 1870 (Koebler), Pal. 72, 974.

[3] Cass. Fr., 25 mai 1868 (De Civry), Pal. 68, 939.

[4] Bastia, 7 mai 1859 (Castano), Pal. 60, 1061. — Vedi. Pal. *Rép.*, e Pal. *Rép.* Suppl., v. *Mariage*, 626 e seg.

dalla paternità e filiazione ritenne doversi applicare la legge del luogo in cui avvenne la procreazione del figlio.[1] E contraria eziandio è la conclusione a cui venne la stessa Corte, applicando la massima ad un' indagine di paternità nella causa Bellini contro Conte Vivaldi-Pompa. La Corte disse che l'azione per provare la paternità naturale di un figlio nato in Lombardia sotto l' impero della legislazione precedente era proponibile, anche se il padre apparteneva alle antiche provincie, la di cui legislazione non ammetteva l' indagine di paternità naturale.[2] Mi sembra invece che, per decidere se possa o no istituirsi la prova della paternità, più che alla legge vigente nel luogo in cui si verificò la procreazione, conviene volgere la considerazione a quella vigente nel luogo in cui si fa il giudizio, e ove siede il magistrato competente a conoscere l'azione. Ed è questa la dottrina che prevale in Francia. Fu infatti ivi deciso, che, non potendosi esercitare dinanzi ai Tribunali francesi un' azione proibita dalla legge francese, non si può ivi istituire una ricerca di paternità, benchè fosse permessa secondo la legge straniera.[3] Che il diritto spettante ai Tribunali francesi di applicare tra le parti che possono invocarle le leggi del paese straniero, si arresta quando delle leggi offendono un principio d' ordine pubblico promulgato dalla legge francese, e che tale è quello che proibisce la ricerca della paternità.[4] Che se lo straniero facesse stabilire il suo stato di figlio naturale dai Tribunali del suo paese e secondo le sue leggi, e domandasse poi alla Giustizia francese di apprezzare soltanto le conseguenze del suo stato così giudiziariamente di-

[1] Milano, 1° aprile 1869, *Monitore dei Trib.* 1869, 418.
[2] Sentenza cit.
[3] Paris, 2 août 1866 (De Civry), Pal. 66, 1245, e la nota.
[4] Cass. Fr., 25 mai 1868 (De Civry), Pal. 68, 959.

chiarato, non sarebbe contrario all'ordine pubblico ammettere tale domanda, non ostante che sarebbe stato vietato di agire in giudizio in Francia, per far dichiarare la paternità.[1] Che finalmente, se secondo la legge straniera il possesso di stato di figlio naturale potesse valere come prova della filiazione, tale possesso dovrebbe essere sufficiente in Francia, se fu costante e non interrotto; non sarebbe lo stesso, se i fatti allegati costituissero soltanto delle presunzioni, e quindi gli elementi per una ricerca di paternità.[2]

In Italia, ove non è permessa la ricerca della paternità, e il riconoscimento è richiesto pei figli nati fuori del matrimonio, la Corte di Cassazione di Napoli decise che, se un matrimonio celebrato in paese straniero sia dichiarato nullo nel Regno per qualunque vizio intrinseco, i figli nati da tale unione godranno i diritti di figli naturali, senza che sia necessario il riconoscimento. Anche quando il matrimonio celebrato all'estero non potesse valere come matrimonio putativo, varrebbe sempre come prova naturale e costante del nascimento del figlio, e sarebbe vano e assurdo pretendere il riconoscimento.[3]

Rispetto poi alla legittimazione per seguente matrimonio è stato deciso, che il figlio naturale nato in Francia da un Inglese ivi domiciliato e da una Francese è legittimato col matrimonio celebrato in Francia da suo padre e da sua madre, se questi lo riconobbero nell'atto di celebrazione, ed è così anche se tale modo di legittimazione non fosse ammesso dalla legge inglese.[4] Fu quindi considerata rivocata di pieno diritto la dona-

[1] Pau, 17 janv. 1872 (Etchevest), Pal. 72, 936.

[2] Paris, 2 août 1866 (De Civry), Pal. 66, 1245.

[3] Cass. Napoli, 2 marzo 1869 (Del Balso), *Gazz. Procur.* 1869, 116.

[4] Cass., 23 novembre 1857 (Skottowe), Pal. 58, 106. — Bourges, 26 mai 1858 (Ferrand), Pal. 58, 1200.

zione fatta ad un terzo dal padre innanzi al nascimento del figlio, e in un'epoca in cui il donante era senza figlio.[1]

Giurisprudenza circa l' adozione dello straniero. (§ 151.)

La regola più comunemente accettata in Francia, rispetto all'adozione, è che uno straniero non può adottare un Francese o essere adottato da un Francese, se non gode in Francia i diritti civili, o se tra la Francia e lo Stato, cui lo straniero appartiene, non esista un trattato che conferisca allo straniero tale vantaggio. Non vale in contrario che lo straniero è ammesso per legge a succedere in Francia.[2]

Anche la Corte di Bruxelles ha ritenuto, che la capacità di essere adottato è un diritto civile di cui non possono godere gli stranieri, tranne che fossero ammessi a stabilire il loro domicilio nel Belgio.[3]

Dell' esercizio della patria podestà per parte di stranieri. (§ 158.)

Una larga discussione circa la legge che deve regolare i diritti di patria potestà fu fatta innanzi al Tribunale e alla Corte di Firenze nella famosa causa tra Sua Altezza il Principe ereditario di Monaco Alberto Duca di Valentino e Sua Altezza la Principessa Maria Vittoria Hamilton sua moglie. Il Presidente del Tribunale di Firenze in conformità alle conclusioni del Pubblico Ministero saggiamente ritenne, che la patria podestà è retta

[1] Sentenza cit.

[2] Cass. Fr., 5 août 1825 (Dugied), Sir. 23, 1, 553. — Cass. rej, 22 novembre 1825 (Sander), *Pas. Cr.* — Cass., 7 juin 1826 (Canillac), *Pas. Cr.* — Cfr. Merlin, *Adopt.*, § 2; Duranton, t. III, n. 277 e 287; Grenier, n. 34; Rolland de Villargues, v. *Adoption*, n. 15; Demolombe, *Adoption*, n. 48.

[3] Bruxelles, 17 mars 1866, *Pas. Belg.* 66, 137.

dalla legge del paese, cui appartiene chi ne è investito, e che l'Autorità giudiziaria del luogo, in cui si verificano i fatti lesivi dei diritti di patria podestà, deve dare i provvedimenti che sono necessarii, onde i rapporti di famiglia alterati e sconvolti siano immediatamente ristabiliti nella sua integrità. Si concluse, quindi, che la madre illegalmente separata dal marito poteva essere costretta con decreto presidenziale a restituire il figlio al padre, che lo reclamava. La Corte di Appello al contrario decise che non poteva ciò farsi con decreto presidenziale, ma che era necessario sentire in contraddittorio la madre, e che i decreti dell'Autorità straniera che ordinano alla moglie di far ritorno alla casa coniugale, e a questa o a chiunque ritiene un figlio di restituirlo al padre, non possono avere legittima forza provante nello Stato, se non vennero sottoposti al giudizio di delibazione. [1]

Quale legge deve regolare la patria podestà, se vi sia conflitto fra la legge personale del genitore e quella del figlio. (§ 165.)

La soluzione di tanta delicata quistione fu portata innanzi alla Cassazione francese nella specie seguente. Una donna francese, e divenuta straniera per essersi maritata con uno straniero, risiedeva in Francia alla morte del

[1] Vedi *Monitore dei Tribunali* 1872, p. 536, ove sono riportati tutti i documenti relativi alla famosa causa. Senza entrare nel merito della quistione, noteremo che il provvedimento del Presidente del Tribunale, che è chiamato ad intervenire nelle controversie tra padre e figlio (Art. 221 Codice civile), deve considerarsi come definitivo, nel senso che, salvo il ricorso al primo Presidente della Corte, non si può porre in quistione direttamente davanti al Tribunale nella forma contenziosa. A conoscere gli incidenti del regime domestico il legislatore ha costituito un'autorità economica tra padre e figlio, che è il Presidente. Non si può dire lo stesso, se si tratti di conoscere in modo plenario una quistione di stato o di patria podestà, nel qual caso sarebbero applicabili gli Articoli 81, 84 Cod. Proc. civ. e 223 Cod. civ. (*)

(*) Cass. Torino, 8 febbraio 1871 (Soulx-Tavannes), *Monitore* 1871, 157.

marito: si dubitava se essa dovesse esercitare la patria podestà secondo la legge francese o secondo la legge personale dei figli. La Corte decise che tale donna riacquistava di pieno diritto la cittadinanza francese a partire dalla morte del marito, e che di pieno diritto era investita della tutela legale dei suoi figli minori e di tutte le attribuzioni attive e passive della patria podestà secondo il Codice francese, non ostante che i figli minori fossero restati stranieri come il loro padre, e che la legge straniera, che era la loro legge personale, non ammettesse nè tutela legale, nè usufrutto legale a favore dei genitori. Tutta la ragione che ne dètte è che pel rispetto dei diritti di sovranità non si può far prevalere in Francia una legge straniera contraria ad una legge francese e a pregiudizio di un Francese. [1]

Non ci sembra di accettare completamente la dottrina della Corte di Cassazione. A parte se una Francese divenuta straniera col matrimonio possa riacquistare di pieno diritto la cittadinanza francese, se nel momento in cui divenne vedova risiedeva in Francia (su di che ci pare, male a proposito essersi derogata la regola, che la dichiarazione della donna è sempre necessaria per riacquistare la cittadinanza perduta), non sono, a nostro avviso, accettabili le massime circa i diritti di patria podestà. Se i figli restarono stranieri, e la patria podestà è istituita piuttosto nell' interesse del fanciullo, e per proteggere i diritti che egli non è capace per se stesso ad esercitare, che per attribuire diritti al genitore, ci pare che debba essere organizzata e retta secondo la legge personale del minore, non secondo la legge del padre o della madre che ne è investita. La stessa giurisprudenza francese ritiene che la tutela del minore straniero dev' essere governata dalla legge personale di

[1] Cass. Fr., 13 janvier 1873 (Ghezzi), Pal. 1873, 18.

quello, in favore del quale fu istituita; [1] e perchè non dev'essere lo stesso della patria podestà?

Nè ci sembrano molto fondate le ragioni date dalla Suprema Corte per limitare nel caso l'applicazione della legge straniera. Che nè debba esserne ammessa l'applicazione se non sieno lesi i diritti della sovranità territoriale, anco noi lo pensiamo ed è costante la giurisprudenza; [2] ma che debba valere la limitazione se l'applicazione della legge straniera pregiudichi gl'interessi francesi, ciò sappiamo che è sostenuto dagli scrittori francesi: [3] ma è in verità una massima sovversiva ammettere che l'interesse francese potesse essere una regola generale di diritto. Che se pure ciò volesse concedersi, la Suprema Corte sarebbe caduta in una manifesta petizione di principio; mentre si dubitava se dovea applicarsi la legge francese o la straniera, essa suppose che la madre avesse diritto all'usufrutto e alla tutela legale secondo la legge francese.

Della legge personale del minore straniero in opposizione con la legge del paese in cui si obbliga. (§ 166-173.)

La Corte di Parigi ritenne che lo straniero minore secondo la legge del suo paese, e maggiore secondo la legge francese, non poteva validamente obbligarsi in Francia. [4]

La Corte di Cassazione poi, senza rigettare la massima, disse: che se il Francese agì senza leggerezza, in

[1] Bastia, 8 déc. 1863 (Costa), Dal. 64, 2, 1. — Paris, 21 mars 1862 (De Rohon Fenix), Pal. 62, 535.

[2] Paris, 2 août 1866 (De Civry), Pal. 66, 1245. — Cass., 25 mai 1868 (De Civry), Pal. 68, 939. — Paris, 23 fév. 1866 (Rottenstein), Pal. 66, 1120. — Angers, 4 juill. 1866 (Fitz-Gérald), ibid. — Montpellier, 17 déc. 1869 (Barnede), Pal. 70, 345.

[3] Vallette sur Proudhon, *Tr. de l'état des pers.*, t. I, p. 85. — Demolombe, *Effet et applic. des lois*, t. I, n. 102.

[4] Paris, 20 fév. 1858 e Cass., 16 janvier 1861 (De Lizardi), Pal. 62, 427.

buona fede, e nell'ignoranza dell'estraneità dell'altro, e soprattutto se il contratto fu favorevole allo straniero, e questi sembrava dotato di sufficiente capacità per obbligarsi, il contratto fatto da lui, benchè minore secondo la legge della sua patria, sarebbe valido in Francia.[1]

La dottrina accettata dal Senato di Varsavia[2] in una recente sentenza è conforme all'opinione da noi manifestata nel testo. Un cittadino austriaco minore di anni 23, proprietario di terre in Polonia, avea contratto obbligazioni su detti immobili senza autorizzazione del consiglio di tutela. Essendo nulla l'obbligazione secondo la legge austriaca, il tutore ne domandò l'annullamento al Tribunale di Varsavia. Oppose l'avversario che i beni immobili esistenti in Polonia doveano essere retti dalla legge ivi vigente, e che secondo detta legge la persona a 21 anni compiuti può senza limitazioni validamente disporre dei suoi beni. Il Tribunale e la Corte di Appello di Varsavia ritennero l'opinione della difesa e rigettarono la domanda del tutore; ma il Senato cassò le due sentenze, e decise « che la capacità di obbligarsi, essendo retta dalla legge » personale, doveva applicarsi la legge del paese di cui » il contraente era cittadino, e quindi che l'obbligazione del proprietario austriaco era nulla a cagione » della sua minorennità. »[3]

Della tutela dello straniero. **(§ 174.)**

Circa la legge poi con cui deve essere organata la tutela dello straniero, in Francia[4] è data la preferenza

[1] Vedi Sentenza cit.

[2] Il Senato in Russia è diviso in più sezioni, delle quali due formano la Corte di Cassazione organizzata nel 1866, e le altre servono come terza istanza per i processi che hanno luogo in quelle parti della Russia, ove non è ancora introdotta la nuova procedura secondo la legge del 1866.

[3] *Journal du Droit intern. privé*, par M. E. Clunet, 1874, 1°, p. 48.

[4] Bastia, 8 déc. 1863 (Costa), Dal. 64, 2, 1. — Bordeaux, 19 fév. 1866 (Guidugli), Dal. 66, 5, 55.

alla legge nazionale del minore, perchè la tutela appartiene allo statuto personale, ed è così pure nel Belgio.[1] Fu quindi deciso che a provvedere alla tutela di un figlio minore di un Italiano morto in Francia è chiamato il Console italiano, il quale deve uniformarsi in tutto alle disposizioni della legge nostra. Solo nel caso rarissimo che gli interessi del minore restassero senza protezione, e che fosse urgente provvedere, il Magistrato francese potrebbe ordinare ciò che accidentalmente sarebbe necessario.[2]

Sulla capacità ad esercitare la tutela. (§ 178.)

Circa alla capacità di esercitare l'ufficio di tutore, è stato deciso in Francia che lo straniero ivi residente può essere tutore del suo figlio minore, perchè la tutela è retta dallo statuto personale;[3] è però negato allo straniero di essere tutore di un Francese. Se lo straniero non fu autorizzato a stabilire il domicilio in Francia, non può formar parte del consiglio di famiglia, anche se fosse parente del minore; e se avesse preso parte alle deliberazioni, l'irregolarità non potrebbe essere coperta per l'errore comune circa la nazionalità dello straniero.[4]

InItalia è stato deciso che un cittadino domiciliato in paese straniero può essere tutore di minori, i quali durante la vita dei genitori aveano con essi il domicilio nello Stato, e che le cause d'incapacità dall'ufficio di tutore non possono estendersi per considerazioni di op-

[1] Bruxelles, 29 juillet 1865, *Pas. Bel.* 1866, 57. — Vedi per la curatela nel Cantone Ticino un *Rescr. gover.* riportato dal *Monitore dei Tribunali,* anno 1872, p. 163.

[2] Vedi Bastia e Bordeaux, citati, e la *Convenzione consolare* tra l'Italia e la Francia del 26 luglio 1862, Art. 9º.

[3] Paris, 21 mars 1862 (De Rohon-Fenix), Pal. 62, 555.

[4] Paris, 21 mars 1861 (Gilbert), Dal. 61, 2, 75.

portunità e di convenienza, oltre a quelle espressamente indicate dal legislatore.[1]

Osservazioni sull'Art. 7° Cod. Civ. ital. (§ 196.)

Seguendo la massima sancita nella giurisprudenza italiana, parrebbe che i diritti di qualunque natura sugl'immobili esistenti nello Stato dovessero essere retti dalla legge nostra, e che la legge straniera sia applicabile per quelli soltanto, pei quali il legislatore ne concesse l'applicazione con espressa disposizione.[2] Le nostre Corti hanno sempre affermato che le leggi reali sono territoriali, e quando si è presentata una controversia sugl'immobili esistenti nello Stato, hanno innanzi tutto investigato se la relativa disposizione di legge era reale o personale, e hanno poi ammessa o negata l'applicazione della legge nostra o della straniera, secondo che hanno riconosciuto nella legge il carattere della personalità o della realità.

Ci sembra che tali disquisizioni sieno le rimembranze della vecchia scuola, e le riteniamo inutili nel sistema sanzionato nel nostro Codice civile. La discussione sulla realità o personalità degli statuti è stata sempre sorgente di confusione e di incertezze, e riproducendola in mezzo a noi, si può arrivare a distruggere tutti i vantaggi e a menomare certamente il merito del nostro legislatore, che, sanzionando le principali e più disputate regole del Diritto internazionale privato, ha arditamente e senza timidità abbandonato i criterii della vecchia scuola, e accettato i principii più progressivi e liberali.

[1] Milano, 25 ottobre 1868 (Raynori), *Ann. Giur.* 68, 2, 545.

[2] Cass. Torino, 29 aprile 1871 (Riunione Adriatica), *Ann. Giur.* 1871, 1, 173. — Cass. Napoli, 30 nov. 1869 (De Moustier), *Gazz. Proc.* 1869-70, 533. — Corte di Napoli, 4 maggio 1868 (Colondre), *Ann. Giur.* 1868, 2, 167.

La disposizione dell'Art. 7°, « i beni immobili sono » soggetti alle leggi del luogo dove sono situati, » è la giuridica sanzione dei diritti della sovranità territoriale. La proprietà appartiene ai privati; alla sovranità appartiene l'impero sul territorio; e nella stessa guisa che tutte le persone che abitano nel territorio sono soggette alla sorveglianza e all'autorità del Sovrano, così tutte le parti del territorio sono sottoposte all'impero della sovranità. Il territorio pubblico di uno Stato risulta dalle proprietà particolari degli individui riunite e contigue, e quindi tutti gli immobili considerati come un sol tutto sono sotto l'impero della sovranità dello Stato. Segue forse da ciò che i diritti particolari del proprietario devono dipendere dalla legge territoriale? o che tutte le leggi, che hanno per oggetto gli immobili, sono reali nel significato attribuito a tale denominazione nell'antica scuola? Ammettiamo che la sovranità ha un diritto reale su tutto il territorio, ma non possiamo ammettere che le leggi si possono dividere in reali e personali nel senso della vecchia scuola, perchè furono sempre incerti e confusi i criterii per distinguere la personalità e la realità delle leggi.

Gli stessi Tribunali francesi cominciano a riconoscere la difficoltà di risolvere le quistioni circa i beni coll'antica distinzione di statuto personale e reale, [1] e certamente l'avventurarsi alle viete disquisizioni può essere sorgente di equivoci e d'incertezze; in ogni modo converrebbe ben stabilire cosa s'intende per realità e personalità della legge per non servirsi nel giudicare di un criterio incerto e indefinito. Tale ricerca sarebbe infruttuosa, ed è, a nostro avviso, inutile nel sistema sanzionato nella legislazione nostra, e me-

[1] Hâvre, 22 août 1872, Pal. 72, 1219.

glio forse sarebbe modificare l'indirizzo delle investigazioni.

Non si può dire infatti che, secondo il nostro legislatore, devono considerarsi come territoriali tutte le leggi che hanno per oggetto gl'immobili, nel senso che devono regolare tutti i diritti degli stranieri sugli stessi, imperocchè (lasciando da parte la capacità ad acquistare o alienare gl'immobili, che è retta dalla legge nazionale della persona) i diritti sugl'immobili che dipendono dai rapporti di famiglia (quali sono, per esempio, l'usufrutto legale, l'inalienabilità della dote, la donazione fra coniugi e simili), parrebbe dovessero dipendere dalla legge stessa che regola i rapporti di famiglia, cioè dalla legge nazionale del marito. È certo poi che i diritti ad acquistare o a trasmettere per successione sono regolati dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, e che gli effetti delle obbligazioni anche sugl'immobili esistenti nello Stato dipendono dalla legge che regola l'obbligazione stessa (Art. 6°, 8°, 9° Cod. civ.). L'Art. 7° non si può considerare quindi che come sanzione di un principio incontrovertibile di diritto pubblico e di diritto politico, che cioè la sovranità territoriale è indivisibile, e comanda sola ed esclusivamente sul territorio. La proprietà appartiene ai privati; il territorio pubblico, ossia gl'*immobili riuniti e contigui considerati come un tutto*, è sotto l'impero della sovranità. Ciascun proprietario potrebbe invocare la legge che regola il suo diritto sugl'immobili esistenti nello Stato, purchè, con l'applicazione della legge che egli invoca, non sieno offesi i diritti della sovranità territoriale. Nella stessa guisa quindi che le leggi straniere non si possono applicare nello Stato, se offendano un principio di ordine pubblico o di polizia, così non dovrebbero applicarsi, se ledano i diritti della sovranità territoriale.

Ma come distinguere le leggi lesive dei diritti di sovranità territoriale? A ciò non si può rispondere con criterii generali, come non si può con regole astratte determinare quali leggi straniere si devono considerare in opposizione con le leggi di ordine pubblico. La magistratura, che conosce lo spirito della propria legislazione, può definire quali sono le leggi che si devono considerare come leggi di ordine pubblico e di polizia, e la magistratura stessa può determinare quando l'applicazione della legge straniera offenda i diritti della sovranità territoriale, o una di quelle leggi che il Sovrano promulgò nell'interesse generale della proprietà agricola o per un interesse economico, o per ragione di difesa di sicurezza, e simili. Tali sono, per esempio, le leggi che abolirono i fedecommessi, la manomorta, i vincoli censuari perpetui, quelle che regolano la prescrizione, che sanzionano la pubblicità delle ipoteche, che regolano l' espropriazione per ragione di pubblica utilità, il regime delle foreste, la coltivazione delle miniere, quelle che regolano le servitù prediali, e simili.

Il principio sancito dall'Art. 7° avrebbe la sua applicazione nell'ipotesi seguente. Si supponga che in una successione aperta in Italia s' instituisca un giudizio innanzi al nostro magistrato per petizione e divisione di eredità, e che i beni esistano in paesi diversi. Per determinare i successibili e i loro diritti successorii il magistrato italiano dovrebbe tener conto unicamente della legge nazionale del defunto (Art. 8° Cod. civ.). Se nel paese straniero invece di considerare il patrimonio come un tutto ideale indivisibile come la persona del defunto prevalesse la massima *tot hereditates quot territoria*, e fossero esclusi nella successione dei beni ivi esistenti quelli che sarebbero inclusi secondo la divisione fatta dal magistrato nostro, gli esclusi non po-

trebbero rivalersi sui beni esistenti in Italia, ed elevare quivi una domanda per danni e interessi, fondandosi sulla sentenza stessa del magistrato nostro, e questi farebbe indebita applicazione dell' Art. 8° Codice civile accettando le loro ragioni, mentre l'Art. 7° dispone che gl' immobili sono soggetti alla legge del luogo in cui si trovano.

Rispetto ai beni mobili la giurisprudenza è concorde nel considerarli soggetti alla legge del luogo ove si trovano per tutte le quistioni che si riferiscono al possesso, ai privilegi sugli stessi, e alle vie di esecuzione.[1]

In Italia si fece una distinzione tra i mobili e gli immobili in quistioni di fallimento, che non ci sembra molto ben fondata. Si disse rispetto all' efficacia di una sentenza di fallimento pronunziata da Tribunale straniero che essa, in quanto priva il fallito della capacità di disporre, dovrebbe considerarsi efficace per i mobili esistenti nello Stato e non efficace per gl'immobili, e ciò perchè i primi sono retti dalla legge della persona del proprietario, i secondi dallo statuto reale. La quale distinzione confutammo in una memorietta speciale scritta su tanto importante argomento.[2]

Si è detto inoltre che non è necessario che la sentenza straniera di fallimento sia dichiarata esecutoria per l'efficacia della stessa sui mobili appartenenti al fallito, e che tutti i crediti del dichiarato fallito devono entrare a far parte della massa senza bisogno di far prima dichiarare esecutoria la sentenza straniera di fallimento,

[1] Cass. Fr., 19 mars 1872 (Craven), Pal. 1872, 560. — Cfr. Demolombe, *Public. des lois*, t. I, n. 96. — Laurent, *Princ. du Dr. civ.* t. I, n. 121. — Dubois, *Conflit des lois*, n. 44.

[2] Vedi Fiore, *Del fallimento secondo il Diritto privato internazionale* (Pisa, 1873), p. 34.

perchè i beni mobili sono retti dalla legge del proprietario.

Non ci sembra accettabile la distinzione sotto tale rapporto. Nessuna sentenza straniera potrebbe come tale valere presso noi, se prima non fu dichiarata esecutoria; altrimenti ne sarebbe offesa l'indipendenza dello Stato. Nella stessa guisa che la giurisdizione dei giudici nominati dal Sovrano non può estendersi oltre i limiti, nei quali comanda la pubblica Autorità, così nessuna sentenza può essere efficace, come tale, in estero Stato, se prima non ne sia concessa l'esecutorietà. È inutile distinguere se l'efficacia di detta sentenza straniera riflette gl'immobili o i mobili; l'esecutorietà è sempre richiesta pel rispetto dell'indipendenza dello Stato.

Della proprietà letteraria e della proprietà industriale degli stranieri. (§ 201.)

Rispetto alla proprietà letteraria conviene tener conto delle leggi e delle convenzioni per decidere se possono goderne gli stranieri. In Francia le opere letterarie e le opere d'arti pubblicate all'estero sono assimilate pel decreto del 28 marzo 1852 a quelle pubblicate in Francia per tutti gli effetti della contraffazione. Quindi, se le parole e la musica di un'opera straniera sieno state depositate in conformità dell'Art. 4° del citato decreto, non è più permesso di pubblicarla in Francia senza il consenso dell'autore o degli editori stranieri o dei loro concessionari francesi. [1] Notiamo per altro che il decreto del 28 marzo 1852, che punisce la contraffazione sul territorio francese di opere pubblicate all'estero, non è applicabile alla rappresentazione di opere drammatiche; e se un'opera drammatica sia stata rappresentata in

[1] Paris, 27 juin 1866 (Gerard), Pal. 67, 205.

paese straniero non se ne può impedire la rappresentazione in Francia. [1]

La proprietà industriale è garantita, in Francia, ai soli stranieri autorizzati a stabilirvi il loro domicilio; agli altri è garantita nel solo caso che col paese, cui l'industriante appartiene, esista un trattato che assicuri ivi gli stessi vantaggi alla proprietà industriale francese. [2]

Un fabbricante straniero, di cui il nome fosse stato usurpato da un fabbricante francese, potrebbe intervenire in causa, se contro lo stesso agisse in giudizio un fabbricante francese autorizzato a servirsi del nome usurpato. [3]

Quando la merce nazionale si può considerare come estera. (§ 201.)

Circa la condizione giuridica delle merci il Tribunale civile di Napoli decise che il solo fatto della esportazione imprime alla merce nazionale il carattere di estera, eccetto solo i casi di salvataggio ed espatriazione temporanea. [4]

Del pignoramento delle navi
e della legge con cui se ne deve giudicare l'efficacia. (§ 220.)

Tutto ciò che è detto al numero 220 (*a*, *b*, *c*) del testo, circa il possesso dei mobili, come necessario all'efficacia del pegno, non dovrebbe valere per le navi, che, benchè denominate mobili, sono in condizione giuridica tutta speciale. Alle navi non si applica la massima « il possesso vale titolo, » nè l'altra « les meubles n'ont pas de suite. » D'altra parte all'efficacia del pegno delle cose mobili è necessario che la cosa oppigno-

[1] Cas. Fr., 14 déc. 1857 (Verdi), Pal. 58, 673.
[2] Paris, 5 juin 1867 (Kemp), Pal. 68, 592.
[3] Besançon, 30 nov. 1861 (Lorimier), Pal. 63, 215.
[4] 2 Dic. 1872 (Ilardi), *Gazz. Proc.* 72, 550.

rata sia data in consegna al creditore pignoratizio, per prevenire il pericolo di privilegi e di preferenze occulte: ma non è lo stesso per le navi, per le quali esistono mezzi non meno sicuri di pubblicità, onde conoscere i privilegi e le obbligazioni da cui sono affette. L' atto di nazionalità vale non solo a costatare la proprietà delle navi, ma a far conoscere altresì le modificazioni di proprietà e i privilegi che si son potuti verificare col pignoramento delle stesse. Molto grave è la quistione se, dell'efficacia del pignoramento di una nave, e quindi delle preferenze e dei privilegi acquistati sulla stessa, debba decidersi applicando la legge sotto cui il pegno fu costituito, o quella del paese in cui per avventura poi si trova la nave e ove si disputa intorno ai diritti e ai privilegi sulla stessa; quistione discussa innanzi al Tribunale e alle Corti francesi e diversamente risoluta nella specie seguente.

Su di una nave inglese costruita in Inghilterra era stato costituito un *mort-gage* (che diremo pegno) nella debita forma secondo la legge inglese. Trovandosi poi la nave in un porto francese ed essendo stata ivi sequestrata per essere venduta dai creditori, si disputava se questi doveano rispettare il diritto del creditore pignoratizio, mentre la forma di costituzione del pegno, benchè valida secondo la legge inglese, non era valida secondo la legge francese. [1]

Ci sembra che bene avea giudicato il Tribunale,

[1] Secondo la legge inglese del 1854 (*Shipping merchant acte*) le costituzioni di pegno (*mort-gage*) e i passaggi di proprietà delle navi devono essere iscritti sotto pena di nullità sul registro di dogana del porto in cui fu iscritta la nave. Sull' atto di nazionalità rilasciato al capitano evvi però l' annotazione che detto atto non costituisce titolo, nè vale a costatare le modificazioni di proprietà e le ipoteche (*mort-gage*) sulle navi. Secondo la giurisprudenza francese le navi possono essere pignorate a condizione che l'atto di pignoramento sia trascritto sul registro della dogana e sull'atto di nazionalità. — Nella specie mancava quindi l' annotazione sull' atto di nazionalità.

« que la validité de l'engagement contracté en Angle-
» terre entre Anglais, conformément à la faculté que
» leur donne la loi anglaise, devra être respectée par ses
» ayant-droits et ses créanciers; »[1] ma fu diversa
l'opinione della Corte di Caen e della Cassazione, le
quali, partendo dal principio « que les meubles qu'un
» étranger possède en France sont régis par la loi fran-
» çaise en ce qui concerne les questions de possession,
» de privilége et de voies d'exécution, »[2] negarono
l'efficacia del pignoramento. Decisione che, a nostro
avviso, attacca direttamente il credito e la buona fede
tanto necessaria per le contrattazioni marittime, e sag-
giamente criticata da M. Labbé.

Se i diritti legittimamente acquistati secondo la
legge del paese cui la nave appartiene, potessero essere
invalidati, applicando per giudicare intorno ad essi le
leggi dei paesi stranieri in cui per avventura la nave
può trovarsi, il credito marittimo sarebbe profonda-
mente attaccato. A qual legge poteva uniformarsi un
creditore inglese che acquistava in Inghilterra un diritto
di pegno (*mort-gage*) su di una nave inglese, fuorchè
alla legge inglese? Quando la nave toccava il territorio
francese era già gravata di tale obbligazione, e i cre-
ditori francesi potevano solo domandarne la prova, ma
non potevano mai pretendere che, non essendo stato co-
stituito il pegno in conformità delle prescrizioni della
legge francese, fosse annullato il diritto acquistato se-
condo la legge del contratto.

Se la legge inglese non avesse sufficientemente
provveduto ad eliminare la frode con la pubblicità, se
avesse facilitato le sorprese a pregiudizio dei terzi, si

[1] Tr. Com. d'Honfleur, 9 avril 1870 (Craven), Pal. 1871, 263

[2] Caen, 12 juillet 1870 (*arrêt après partage*), Pal. 1871, 269. — Cass. Fr., 19 mars 1872, Pal. 1872, 560.

poteva a ragione sconoscerne l'applicazione; ma nel fatto secondo la legge inglese è provveduto alla pubblicità, e nell'atto di nazionalità che il capitano è obbligato di tenere a bordo, evvi l'annotazione che tale atto non forma titolo per i cambiamenti di proprietà e pel pignoramento (*mort-gage*); annotazione sufficiente a prevenire i terzi di rivolgersi, per conoscere siffatte cose, all'Uffizio di dogana del porto in cui fu iscritta la nave. Per tali considerazioni concludiamo, che quando la legge nazionale della nave abbia sufficientemente provveduto alla pubblicità dei diritti e preferenze acquistati sulla nave, e in modo che tutti potessero prenderne conoscenza, i diritti acquistati validamente sulle navi secondo la legge nazionale della stessa devono essere dovunque rispettati. [1]

Giurisprudenza circa l'ipoteca legale e giudiziaria. (§ 227.)

Rispetto all'ipoteca legale prevale tuttora nella giurisprudenza francese la massima che la donna maritata e il minore straniero non hanno ipoteca legale sugl'immobili del marito o del tutore esistenti in Francia, che nel solo caso che tale diritto sia loro concesso a reciprocità da un Trattato internazionale, o che siano domiciliati in Francia con l'autorizzazione del Governo.[2] La Corte di Cassazione di Milano invece decise, che l'ipoteca legale appartiene allo statuto personale, perchè è inseparabile dalle qualità personali degl'individui e dei Corpi morali, ai quali è dal legislatore esclusivamente attribuito. [3]

[1] Vedi Fiore, *Del fallimento secondo il Diritto privato internazionale* (Pisa, 1873), p. 111.

[2] Cass. Fr., 3 fév. 1872 (Converso), Pal. 1872, 431. — Confr. Cass., 20 mai 1862 (Seligman), Pal. 1862, 561. — Table gén. Devil. et Gilb., v *Hypothèque légale*, n. 18 e segg. — Table décen. 1851-60 *eodem verbo*, n. 5 e seg.

[3] Cass. Milano, 1° giugno 1864 (Brentani), *Monitore* 1864, 590.

Molto ben fondata riconosciamo la massima stabilita in Francia circa l'ipoteca giudiziaria, che cioè la sentenza straniera non possa servire come titolo a prendere un'iscrizione ipotecaria che dopo essere dichiarata esecutoria nel paese, in cui l'ipoteca vuole iscriversi.[1]

Legge da cui dipende la validità del contratto. (§ 239-242.)

Molte decisioni confermano i principii accettati nel testo circa la legge con cui si deve valutare la validità dell'obbligazione, tanto che si può dire a ragione che una giurisprudenza quasi costante riconosce che la *lex loci contractus* deve regolare la validità, la natura, la estensione dell'obbligazione tra i contraenti.

Fu infatti giudicato che un contratto di assicurazione fatto in Francia per mercanzie caricate in un porto straniero, a bordo di nave straniera, e destinate ad un porto straniero, dev'esser retto dalla legge francese.[2] Che secondo la legge del paese, in cui fu fatto il contratto di assicurazione, si deve determinare l'estensione dell'obbligazione, rispetto ai casi e alle condizioni nelle quali l'assicuratore sarebbe tenuto alla rifazione dei danni e interessi,[3] e secondo la stessa legge si deve decidere altresì se la merce caricata sopra coperta dovesse o no essere esclusa nel regolamento di avarie in caso di getto.[4]

Per un contratto di trasporto tra un Francese e una Compagnia inglese fatto in un possedimento inglese la Cassazione ritenne che la responsabilità della Compagnia

[1] Aix, 16 déc. 1869 (De Vanoy), Dal. 1871, 2, 74.

[2] Rouen, 7 juin 1856 (Laugstaff), *J. de Mars.* 34, 2, 148. — Cfr. Cass. Fr., 4 fév. 1862 (Assureurs c. Vasquez), *J. de Mars.* 1862, 2, 145.

[3] Marseille, 4 août 1852 (Battle Gaillard), *J. de Mars* 31, 1, 197, e 18 oct. 1831 (Seren), *J. de Mars.* 15, 1, 28.

[4] Marseille, 4 août cit.

nel caso di perdita del bagaglio dovesse apprezzarsi secondo la legge inglese. [1]

Per un contratto di prestito ad interesse la stessa Cassazione decise che, se stipulato in paese straniero e ad una ragione superiore a quella permessa dalla legge francese, la convenzione valida secondo la *lex loci contractus* doveva essere efficace in Francia. [2]

Per un contratto di noleggio fu deciso nel caso di una nave noleggiata a Marsiglia ad una casa di Amburgo che al sensale era dovuta la senseria secondo l'uso di Marsiglia e non secondo quello di Amburgo, benchè il sensale avesse adoperato ad Amburgo un altro sensale per trattare con quella casa. [3]

Solamente se i contraenti fossero stranieri, e cittadini della stessa patria, si è detto che il contratto da essi fatto potrebbe essere valutato secondo le leggi della loro patria. [4]

Che poi ciò che attiene all'esecuzione del contratto debba essere regolato dalla legge del paese in cui deve essere eseguito, fu ritenuto anche nel caso di un contratto fatto in Francia tra Francesi, ma eseguibile in paese straniero, non ostante che intorno ad esso si discutesse dinanzi ai magistrati francesi. [5]

L'applicazione di queste due massime non ha modificata la regola che la persona e le cose sono

[1] Cass. Fr., 25 fév. 1864 (Comp. péninsulaire de Londres), Pal. 1864, 225. — Confr. Cass. Fr., 26 mars 1860 (Chemin de fer d'Orléans), Pal. 61, 715. — Cass. Fr., 9 juillet 1872 (Comp. de Lyon), Dal. 1872, 1, 224. — Cass., 5 fév. 1863 (Delattre), Pal. 1872, 238. — Cass. Napoli, 28 giugno 1871 (Jesu), *Gazz. Proc.* 1871-72, 367.

[2] Cass., 10 juin 1857 (Diab), Pas. 1859, 1, 501. — Bastia, 19 mars 1866 (Crose), Pal. 1866, 940.

[3] Marseille, 10 déc. 1860 (Aubert), *J. de Mars.* 1861, 1, 45.

[4] Alger, 18 août 1848 (Heffner), *J. de Mars.* 28, 2, 75. — Napoli, Tr. Comm., 10 giugno 1872 (Borrel), *Gazz. Proc.* 1872-73, 394.

[5] Marseille, 29 sept. 1864 (Agelasto), *J. de Mars.* 1864, 1, 276.

sempre rette dalla legge cui esse sono soggette, e quindi benchè il contratto di assicurazione sia stato valutato secondo la legge del paese in cui fu fatto, per decidere se il capitano era tenuto a far visitare la nave, e se la mancanza di certi certificati a bordo poteva far perdere il diritto al regolamento di avarie, si tenne conto soltanto della legge nazionale della nave;[1] e la Corte di Cassazione di Milano a proposito di una vendita d'immobili decise, che le quistioni circa la commerciabilità dell'immobile e su altri punti concernenti la condizione giuridica dello stesso doveano essere risolute in conformità della *lex rei sitae*, e la quistione circa la validità o invalidità della vendita per la mancanza di autorizzazione maritale in conformità della legge personale.[2]

Dei contratti per corrispondenza. (§ 247.)

Si disputa sempre a lungo per determinare in quale momento si deve ritenere concluso il contratto per corrispondenza, e con solidi argomenti si sostiene dagli uni che il contratto si perfeziona quando l'accettazione arriva al proponente, dagli altri che si perfeziona là dove si accetta la proposta. A tenere sempre viva la disputa influiscono non poco le concessioni che si fanno i partigiani dell'una e dell'altra opinione, i quali colla speranza di arrivare ad una conciliazione danno luogo a contrarie interpretazioni, a incertezze ed equivoci.

Le leggi positive non sono uniformi,[3] la giurisprudenza è incerta, le stesse Corti hanno giudicato in

[1] Bordeaux, 6 mai 1861 e Cass. Fr., 1 fév. 1862 (Assureurs C. Vasquez), *J. de Mars*. 1862, 2, 3 e 145.

[2] Cass. Milano, 17 maggio 1867 (F. di Nasser), *Monit.* 1867, 166.

[3] Art. 319-323 Cod. Germ. -- Art. 862 Cod. Civ. Austriaco. — Art. 207-8 Prog. Cod. Comm. Svizz. — Art. 40 Prog. Cod. Comm. Ital.

senso contrario, e sono in opposizione presso noi le Cassazioni di Torino e di Firenze. [1]

Mentre si discute il progetto del nostro Codice commerciale si è ravvivata la disputa. Il nostro legislatore molto opportunamente vuole adottare una massima per dare ai Tribunali una norma costante nel giudicare, ma non si può prevedere quale delle due opinioni trionferà. L'illustre giureconsulto Mancini ha fatto accettare la sua opinione, contraria a quella che prevaleva nel seno della Commissione, e gli articoli progettati sono per la massima che il contratto per corrispondenza è perfetto, quando l'accettazione è conosciuta dal proponente. Così pensavamo anche noi; ma dopo più mature riflessioni ci siamo convinti, che il contratto per corrispondenza è perfetto nel luogo, in cui è accettata la proposta e appena che la volontà dell'accettante acquisti una esistenza esteriore indipendente.

È indubitato che nel contratto per corrispondenza non può evitarsi di ammettere una finzione giuridica, e che conviene scegliere quella che è più in armonia coi

[1] Hanno ritenuto perfetto il contratto nel luogo, in cui perviene l'accettazione: Genova, 3 marzo 1863 (Pivado), *Monit* 1863, 839. — Torino, 22 maggio 1866 (Bersamino), Caveri 6, 2, 60. — Torino, 28 dicembre 1867 (Suecur), Cav. 7, 2, 254. — Torino, 12 aprile 1862 (Schwars), Caveri 2, 2, 107. — Genova, 21 luglio 1862 (Goldaniga), Caveri 2, 2, 250. — Cass. Torino, 22 dicembre 1871 (Petrini), *Monitore* 1872, 36. - Genova, 27 febb. 1871 (Fassina Ulrico), Bettini 1871, 2. 132. — Napoli, 15 dic. 1875 (Borenther), *Gazz. Proc.* 73, 74, 594. Hanno adottata l'opinione contraria: Tr. di Torino, 15 gen. 1861 (Balmida), Cav. 1, 2, 236. — Tr. Comm. Genova, 3 giugno 1865 (Celle), Cav. 5, 2, 168, e 24 agosto 1865 (Bucchetti), Cav. 5, 2, 248. — Cass. Firenze, 30 giugno 1873 (Jobst), *Gazz. Proc* 1873, 497. — C. Ap. di Napoli, 16 dic 1867 (Rotschild), *Gazz. Proc.* 1868, 286. — Aix, 14 mai 1872 (Delalain), *J. de Mars.* 73, 1, 66. — Marseille, 23 mai 1872 (Gibelin, *J. de Mars.* 72, 1, 172. — Vedi la Sentenza inglese (*King's Bench*) riportata nella *Revue de Dr. Fr.*, t. XI, p. 790. — Le Sentenze dei Tribunali Tedeschi riportate da Litten, *Quo tempore pactum inter absentes propositum perfici videatur.* — La Sentenza della Rota Romana in causa *Berthe* del 4 settembre 1843, e altre moltissime.

principii del diritto, colla tradizione scientifica, colla rapidità e certezza con cui vanno risolute le contrattazioni commerciali e che elimina gli equivoci. Tale ci sembra l'opinione che sostiene il contratto perfetto nel luogo in cui si verifica l'accettazione. Appena alla volontà del proponente, che estrinsecata in una lettera acquistò esistenza giuridica esteriore e perdurante, si unisce la volontà dell'accettante, manifestata in modo che acquisti esistenza esteriore e per sè stante, il contratto è perfetto e irretrattabile. L'argomento certamente valutabilissimo del Mancini che a rendere perfetto il contratto non basti l'esistenza delle due volontà concordi, ma sia necessaria la conoscenza reciproca, perchè nessuno può essere obbligato se non ne ha coscienza, non vale a farci riaccettare l'opinione che noi stesso avevamo sostenuta. La conoscenza reciproca simultanea nel contratto per corrispondenza, così come si ha nel contratto tra presenti, è impossibile, ed è perciò che dicevamo che è inevitabile una finzione giuridica. Come si potrebbe ottenere il *consenso* concorde, simultaneo, obbiettivo e subiettivo così come si ottiene, quando uno parla e l'altro ascolta e risponde? Potranno gli avversarii dire che tutto si ottiene, quando la lettera di accettazione arrivi alla casa del proponente? e se questi non la leggesse subito, e se fosse assente, e se si potesse provare che non la poteva leggere? Essi ammettono in questo caso una finzione giuridica per evitare gli assurdi, e noi loro diciamo: se in conclusione una finzione giuridica è inevitabile, perchè moltiplicare gli equivoci e le liti?

La lettera del proponente è la manifestazione esteriore giuridica e perdurante della volontà dello stesso se non fu revocata prima dell'accettazione. Se il corrispondente accetti in tempo debito l'offerta, e in modo che il *propositum in mente retentum* acquisti una esi-

stenza esteriore, effettiva e indipendente, il *vinculum juris*, l'ente giuridico, il contratto diventa perfetto, efficace e irretrattabile. Questa opinione ci sembra solo sostenibile, se si eliminano tutte le tergiversazioni e le concessioni che fanno poi nascere gli equivoci. Se il contratto è legalmente stabilito nel momento in cui è accettata la proposta, lo si deve considerare efficace, irretrattabile, irrevocabile, e ritenere che nè la revoca, nè la morte, nè la incapacità sopravvenuta varrebbero ad annullare un ente giuridico perfetto. Il proponente è padrone della sua proposta, finchè non sia accettata, e quando propone sa che, se il corrispondente accetta, egli è obbligato, e il corrispondente è padrone della sua volontà, finchè non manifesti il suo consenso in una forma estrinseca, esteriore, che acquisti esistenza indipendente e per sè stante. Appena egli *si sarà espropriato del materiale* (vuoi lettera o telegramma o simili) che è la rappresentazione giuridica, effettiva, per sè stante, del suo consenso, non può più revocare, non può più distruggere con un pentimento, per quanto sollecito sempre tardivo, quello che diventò perfetto.[1]

I temperamenti di equità, coi quali si è voluto giustificare da alcuni la facoltà concessa all'accettante di revocare l'accettazione prima che questa arrivi al proponente, non sono, in ultima analisi, che una vera contraddizione. O l'ente giuridico, che diciamo contratto, è perfetto con l'accettazione, e nulla può valere ad annientare quello che è; o manca qualche cosa, affinchè diventi perfetto, come, per esempio, l'arrivo della lettera, e allora sarebbe meglio dire che il contratto si perfe-

[1] Vedi la Memoria del Pigozzi (*Archivio Giuridico*, vol. VI, fasc. 1°), nella quale sono citati quasi tutti gli scrittori che hanno scritto del contratto per corrispondenza, e l'importante opera del Serafini: *Il Telegrafo in relazione alla Giurisprudenza civile e commerciale.*

ziona, quando la lettera arriva nelle mani del proponente.

Dei contratti fatti per mezzo d'intermediario. (§ 248-249.)

È conforme alla dottrina esposta nel testo una decisione del Tribunale di Marsiglia. Se secondo l'uso della piazza, in cui è fatta la vendita per mezzo d'intermediario, è accordata al compratore una dilazione di favore pel pagamento del prezzo, il commissionario non potrebbe essere tenuto a pagare che dopo spirata la dilazione di favore per incassare il prezzo. Se in tali circostanze e prima che spirasse la dilazione di favore il committente procedesse contro il commissionario, sarebbe tenuto ai danni e interessi. [1]

Rispetto poi ai contratti fatti in un luogo e ratificati in un altro la giurisprudenza prevalente è a nostro favore. [2]

Regole per determinare il luogo di esecuzione. (§ 251.)

La Corte di Torino decise che si deve considerare come luogo di esecuzione del contratto quello dove risiede il venditore, se egli deve effettuare la consegna franca alla stazione; [3] il quale principio troviamo accettato eziandio dalla Corte di Genova. [4] Per quanto sottile e

[1] Marseille, 16 oct. 1833 (Chapelie), *J. de Mars.* 14, 1, 79. — Cfr. Marseille, 24 janv. 1851 (Vezian), *J. de Mars.* 30, 1, 141.

[2] Cfr. Marseille, 26 février 1867 (Théric), e 18 juin 1867 (Goinard), *J. de Mars.* 1867, 1, 115 e 240. — Marseille, 6 sept. 1871 (Salmon), *J. de Mars.* 1871, 1, 222. — In senso contrario vedi Marseille, 12 mai 1871 (Pascalin), *J. de Mars.* 1871, 1, 145.

[3] 22 maggio 1866 (Bersamino), Caveri 6, 2, 60, e Torino Trib. Comm., 19 marzo 1871 (Centurini), Caveri 1, 2, 371

[4] 22 giugno 1861 (Taddei-Garibaldi), Caveri 6, 2, 129. — Vedi in senso contrario Torino, 19 genn. 1866 (Mordant), Caveri 6, 2, 6.

intricata sia la quistione di determinare il luogo dell' esecuzione del contratto, quando non sia espressamente fissato, ci sembra che il patto di garantire in peso e qualità la mercanzia fino ad un dato luogo deve far tenere questo come il luogo di consegna.[1] Noi incliniamo quindi a stabilire come regola che il luogo, in cui si deve riconoscere e verificare la merce, dovrebb' essere considerato come il luogo di esecuzione, perchè ivi possono sorgere le quistioni sulla identità e qualità della merce e ivi è opportuno fissare la competenza.

Della ragione dell' interesse. (§ 261-265.)

La giurisprudenza stabilita in Francia circa la legge con cui si deve valutare la ragione dell' interesse, conferma le massime accettate nel testo. Gl' interessi di un debito contratto in paese straniero e di cui poi il pagamento fu richiesto in Francia, furono calcolati alla ragione stabilita dalla legge straniera.[2] Lo che varrebbe anche se fosse data ipoteca su di un fondo situato in Francia.[3]

Circa la ragione degli interessi moratorii la Cassazione francese[4] ritenne che anche dopo la domanda giudiziaria la ragione degl' interessi dovrebbe valutarsi secondo la legge del luogo del contratto, e ciò perchè la sentenza e la domanda giudiziaria non producono no-

[1] Napoli, 6 dicembre 1866 (Faraud), Bettini 1866, 1, 878.

[2] Chambéry, 12 fév. 1869 (Lemoine), Pal. 70, 91 — Cfr. Bastia, 19 mars 1866 (Crose), Pal. 66, 940. — Bordeaux, 22 août 1865 (Chuubin), Pal. 66, 830. — Bourges, 6 mars 1860 (Paignon), Pal. 61, 695. — Cass. Fr., 10 juin 1857 (Diab), Pas. 1859, 1, 501. — Bordeaux, 26 janv. 1831 (Dufau), *Pas. Cr.* — Aix, 14 janv. 1825 (Koutlonmousiano), *Pas. Cr.*

[3] Cass., 14 mes. ann. XIII (Vanderlinden), Sir. 7, 2, 1026.

[4] Cass., 10 juin 1857 (Diab), loc. cit

vazione della primitiva obbligazione, la quale deve sempre continuare a produrre al creditore gli stessi vantaggi accessorii. Ma, salvo convenzione contraria, ci pare più fondata l'opinione delle Corti di Aix e di Bordeaux, le quali ritennero che dalla domanda giudiziaria gli interessi dovessero valutarsi secondo la legge francese. [1]

Dei danni e interessi. (§ 266.)

Il principio esposto rispetto ai danni e interessi fu applicato ad un contratto di assicurazione fatto in Francia, e si decise che gli assicuratori non potevano essere responsabili dei danni che nei casi e sotto le condizioni stabilite dalla legge francese. [2]

Dell' arresto personale. (§ 270.)

L'arresto personale per debiti civili e commerciali [3] è stato sempre regolato dalla *lex fori*, piuttosto che dalla *lex loci contractus.* [4] Era così in Francia [5] prima che non fosse abolito dalla legge, e in Inghilterra. [6]

[1] Aix e Bordeaux cit.

[2] Marseille, 18 oct. 1831 (Seren), *J. de Mars.* 15, 1, 28.

[3] La maggior perte degli Stati civili lo hanno abolito, pochissimi casi eccettuati, come il caso di frode: la Francia, legge 22 luglio 1867; il Belgio, legge 27 luglio 1871; la Confederazione della Germania del Nord, legge 29 maggio 1868; l'Austria, legge 4 maggio 1868; l'Inghilterra, st. 32 e 33 Vict. 9 agosto 1869. In America nella maggior parte degli Stati è espressamente proibito dalla Costituzione l'arresto per debiti, in altri Stati è stato proibito con leggi speciali.

[4] Torino, 6 luglio 1867 (Guernot), *Annali Giur.* 1866-67, 2, 470.

[5] Rouen, 27 fév. 1829 (Mareschal), *Pas. Cr.* — Cass. Fr., 18 août 1856 (Wieldon), Pal. 56, 481. — Paris, 7 mai 1856 (Castrique), Pal. 57, 645.

[6] Westlake, *Privat inter. Law,* § 411, p. 391.

La Corte di Cassazione di Napoli, sempre in omaggio al principio che le leggi che si riferiscono alla libertà individuale sono leggi di ordine pubblico, decise che la disposizione dell'Articolo 759 Codice Procedura civile, che sospende l'esecuzione della sentenza rispetto all'arresto personale se vi sia ricorso in Cassazione, deve valere anche per una sentenza straniera che si vuole far dichiarare esecutoria in Italia, se sia prodotto ricorso all'estero in Cassazione.[1]

Condizione essenziale per l'efficacia di un contratto fatto in paese straniero. (§ 280.)

Pel principio che nessun contratto fatto in paese straniero può valere se deroga ai principii d'ordine pubblico nel luogo in cui il contratto si vuol far valere, è stato deciso in Francia che l'assicurazione del nolo non guadagnato, benchè valida nel paese in cui fu fatta, non potrebbe essere efficace in Francia;[2] e per la stessa ragione non fu ivi ammessa l'azione giudiziaria per un mandato dato a tale oggetto, benchè il mandatario dovesse eseguirlo in un paese in cui era permessa l'assicurazione del nolo non guadagnato.[3]

Contratto per contrabbandare la merce in uno Stato. (§ 286.)

Il Tribunale di Marsiglia decise che la convenzione tra uno straniero e un Francese per spedire in frode alla dogana francese mercanzie che doveano essere vendute in Francia, non era illecita rispetto allo straniero, in

[1] Cass. Napoli, 6 dic. 1866 (Feraud), *Ann. Giur.* 1866-67, 1, 149.
[2] Rennes, 7 déc. 1859 (Dacosta), *J. de Mars.* 38, 2, 64. — Rennes, 4 déc. 1862 (Syndic-Delaponte), *J. de Mars.* 1863, 2, 189.
[3] Bordeaux, 15 fév. 1859 (Damilatre), *J. de Mars.* 37, 2, 75.

modo da negare allo stesso qualunque azione in giudizio per l' inesecuzione di detta convenzione. Se in queste circostanze il commissionario francese per timore di perquisizioni per parte della dogana avesse depositate le mercanzie di contrabbando nelle mani di un terzo, che le avesse poi stornate, sarebbe tenuto, come se avesse consegnato le mercanzie per suo proprio conto, a pagarne l' importo al suo corrispondente.[1]

Del procedimento per rendere esecutorio un atto ricevuto in paese straniero. (§ 290.)

Il Tribunale chiamato a rendere esecutivo nel Regno un atto ricevuto in paese straniero deve esaminare se l'atto per la forma è valido secondo la legge del paese in cui fu redatto; e se quella legge stabilisse un procedimento speciale, sarebbe necessario ben esaminare se quel procedimento fu bene osservato. L' esame degli atti autentici ricevuti in paese straniero ha molta analogia col giudizio di delibazione che deve farsi prima di dichiarare esecutorie le sentenze rese da Tribunali stranieri, ma vi sono notabili differenze. Il giudizio di delibazione è fatto dalla Corte d' Appello (Art. 941 Codice Proc. civ.); la forza esecutiva degli atti autentici ricevuti in paese straniero è data dal Tribunale civile del luogo in cui l'atto deve eseguirsi e previo giudizio, per cui è serbato il doppio grado di giurisdizione e il ricorso in Cassazione. L' esame delle sentenze verte sul procedimento serbato innanzi al magistrato, e quindi sulla competenza, sulla citazione delle parti, sulla loro presenza o contumacia legale; per gli atti autentici l'esame deve cadere sul procedimento serbato nella stipulazione: e se i vizi di forma porterebbero la nullità secondo

[1] Marseille, 17 janv. 1856 (F.... c. L....), *J. de Mars.* 34, 1, 43.

la legge del paese in cui l'atto fu redatto, potrebbero essere dedotti dalle parti interessate e sarebbero un ostacolo all'esecuzione. [1]

Della legge da cui dev' essere regolata l' azione. (§ 291.)

La giurisprudenza conferma l' opinione da noi accettata. A proposito di mercanzia diretta ad un porto straniero e assicurata in Francia fu detto, che l' azione di avaria contro l' assicuratore dovea essere retta dalla legge francese, e che se la mercanzia fosse ricevuta senza la protesta fatta entro il termine stabilito dall' Art. 435, Cod. Comm. fran., sarebbe perenta l' azione. [2] Non varrebbe a rendere inammissibile l' eccezione che il consegnatario domandò una perizia per far verificare lo stato della mercanzia, se omise di protestare dinanzi al Console o all'Ambasciata francese. [3] Nè se l' assicuratore entrò in trattative amichevoli con l' assicurato sul regolamento delle avarie, si potrebbe presumere decaduto dal diritto di promovere l' eccezione per avervi rinunziato. [4]

Gli stessi principii furono applicati ad un contratto di assicurazione fatto in Francia per merci caricate a bordo di nave straniera, in porto straniero e destinate eziandio ad un porto straniero. Si disse che l'azione contro l' assicuratore doveva essere retta dalla legge francese: « C'est la loi sous l'empire de laquelle le contrat » d'assurance a été formé, c'est-à-dire la loi française

[1] Corte App. Napoli, 7 luglio 1871 (Rondinella), *Gazz. Proc.* 1871-72, 294.

[2] Jug. arb. Marseille, 21 avril 1821 (Deferrari), *J. de Mars.* 2, 2, 129. — Marseille, 18 sept. 1833 (Homsy), *J. de Mars.* 14, 1, 216.

[3] Marseille, 16 janv. 1838 (Arnaud), *J de Mars.* 17, 1, 59.

[4] Bordeaux, 10 août 1859 (Lecourade, Durand et Courtaud), *J. de Mars.* 37, 2, 138.

» qui doit régir l'action de l'assuré pour avaries aux
» marchandises. »[1]

Della legge che deve regolare la prescrizione liberatoria. (§ 295.)

Disputano sempre i giuristi circa la legge che deve regolare la prescrizione delle azioni, ed è tuttora incerta la giurisprudenza.

Merita particolare considerazione l'opinione del Troplong[2] che vorrebbe far dipendere la prescrizione liberatoria dalla legge del luogo in cui doveva essere eseguita l'obbligazione, e ciò perchè egli considera la prescrizione come pena della negligenza del creditore che non reclamò l'adempimento a tempo debito. Questa opinione, che troviamo consacrata nella giurisprudenza in questioni relative a lettere di cambio,[3] fu accettata dal Tribunale di Marsiglia[4] e dalla Corte di Aix.[5] che dissero « que d'après la doctrine la plus accréditée,
» la prescription extinctive d'une obligation personnelle
» dépend de la loi du lieu de l'exécution du contrat. »

Si potrebbe per altro osservare che se, secondo dice il Troplong, ove si verifichi la negligenza del creditore ivi debba rimanere colpita dalla legge, parrebbe che non dovesse essere colpita la negligenza ad esigere il pagamento, ma la negligenza ad agire in giudizio per costringere il debitore, e in tal caso dovrebbe dipendere piuttosto dalla legge del luogo in cui si doveva agire in giudizio, perchè ivi si poteva costringere all'esecuzione. Così nel fatto decise la Cassazione francese, cassando

[1] Rouen, 7 juin 1856 (Langstaff-Ehremberg), *J. de Mars.* 34, 2, 148.

[2] Troplong, *Prescript.* n. 38. — Massé, *Droit Comm.*, t. 1, n. 559. — Demangeat su Foelix, *Droit int. privé*, t. I, p. 222, note (a).

[3] Paris, 26 mars 1856 (Aubrey), *Pas. Cr.*

[4] 20 déc. 1865 (Schaeffer), *J. de Mars.* 1866, 1, 56.

[5] 20 juin 1866 (Schaeffer), *J. de Mars.* 1867, 1, 116.

le citate sentenze di Marsiglia e di Aix:[1] « En matière » d'actions personnelles les règles de la prescription sont » celles de la loi du domicile du débiteur, qui, pour» suivi en vertu de la loi de son pays, a le droit de se » prévaloir des dispositions de cette même loi qui peu» vent le protéger contre l'action dont il est objet. »

Nella causa però giudicata dalla Cassazione si trattava di un creditore tedesco stabilito pel suo commercio a Londra, a favore di cui il debitore francese aveva contratto a Genova l'obbligazione di trasportare certe mercanzie a Londra: in Francia si era poi aggiunta una obbligazione di garanzia, e la quistione della prescrizione nacque, perchè pel ricorso di garanzia si voleva far valere la prescrizione. La Corte escluse l'applicazione della legge inglese, quella cioè del luogo di esecuzione, e ammise che la prescrizione dovesse essere regolata dal domicilio del debitore; questa però coincideva con quella del luogo in cui era nata l'obbligazione di garanzia. Non si potrebbe quindi ritenere decisa la controversia circa la legge che deve regolare la prescrizione, se il conflitto nascesse tra la legge del domicilio del debitore e quella del luogo in cui si fa il giudizio, o quella del luogo in cui nacque l'obbligazione.

M Ballot in un parere riportato dalla *Revue prat. de Droit*[2] vorrebbe preferita la legge del luogo in cui nacque l'obbligazione, e questa opinione, che noi pure avevamo accettata, la troviamo adottata dalla giurisprudenza in quistioni di lettere di cambio. La Corte di Algeri decise infatti che le cambiali sottoscritte all'estero tra stranieri della stessa patria devono essere rette dalla legge del loro paese, soprattutto per quello che si riferisce alla durata della prescrizione, benchè il pagamento

[1] 13 janv. 1869 (même aff.), *J. de Mars.* 69, 2, 78.
[2] Tomo VIII, p. 333.

fosse domandato dinanzi al Tribunale francese.[1] M. Labbé invece combattendo questa teoria dice: « *La loi de la* » *prescription est la loi de l'action.* La loi qui octroie » la faculté d'agir en justice, limite l'exercice de cette » faculté. »[2]

Quello che, a nostro avviso, è più necessario in tanto difficile quistione, è il preferire la legge più stabile e meno mutabile, per non dare ad una parte la facoltà di peggiorare a suo arbitrio la condizione dell'altra, e ciò non ci pare si ottenga con la dottrina di M. Labbé. Lasciando da parte quelle leggi, come la francese, che concedono (senza giuste ragioni in verità) al creditore francese di rivolgersi al magistrato del suo paese, anzichè a quello competente per ragione del contratto, è innegabile che in materia commerciale le Autorità competenti a ricevere l'azione sono molteplici; ed è perciò che non possiamo accettare la teoria di M. Labbé; ci siamo però convinti di mutare eziandio la primitiva nostra opinione e accettare quella che vuole far dipendere la prescrizione dalla legge del domicilio del debitore.

Quantunque apparisca più logica l'opinione prima sostenuta, pure nella pratica la seconda presenta minori inconvenienti. Il precisare la sede locale dell'obbligazione, che è un ente ideale, riesce in molti casi difficile, e lo riconosce lo stesso Savigny. L'obbligazione può risultare da atti soggettivi, fatti in luoghi diversi, e più spesso da accordi stabiliti con lettere, con telegrammi, e si disputa sempre circa il luogo in cui diventa perfetto il contratto per corrispondenza. D'altra parte l'obbligazione si può pure considerare come una modificazione

[1] Alger, 18 août 1848 (Heffner), *J. de Mars*. 28, 2, 75.

[2] Vedi la nota alla Sentenza della Cass. Fr., 15 janv. 1869 (Albrecht), Pal. 1869, 115.

giuridica della persona, e stabilire la sua sede al domicilio dell'obbligato, perchè ivi è la sede giuridica della persona. L'inconveniente pratico di questa opinione è, che potendo il debitore mutare domicilio si renderebbe mutabile la legge della prescrizione; ma, quantunque in teoria ciò sia sostenibile, non ci pare che nella pratica il mutamento di domicilio, che è per se stesso un fatto grave e tanto difficile a compiersi, possa essere motivato dall'idea di godere il vantaggio di una prescrizione più corta.

Della legge che deve regolare il pagamento. (§ 298.)

La prova per testimoni che, secondo la consuetudine della piazza in cui una cambiale dev'essere pagata, il pagamento non sia validamente fatto senza accertarsi dell'identità della persona, distrugge la presunzione della liberazione mediante il pagamento.[1]

Del concordato. (§ 305.)

Gli scrittori[2] e la giurisprudenza francese[3] e belga[4] sono concordi nel ritenere il concordato omologato nel paese in cui il fallimento fu dichiarato non opponibile in un terzo paese contro i creditori del fallito.[5] In Inghilterra prevale la massima che l'obbligazione si potrebbe considerare estinta, se il debitore fosse liberato

[1] Genova, 30 nov. 1860 (Giannello), Caveri 1, 2, 15.

[2] Vedi Massé, e Lainné cit. nel testo; Pardessus, *Dr. Comm.*, n. 1488 bis; Foelix, *Dr. inter. priv.*, n. 568; Boileux, note al Boulay-Paty, n. 618; Renouard, *Traité de faill.*, P. II, n. 477. — Cfr. Saint-Nexent, *Traité de faill.*, n. 466; Dalloz, *Rép.*, v. *Faillite*, n. 777.

[3] Paris, 25 fév. 1825 (Pedemonte), *Pas. Cr.* — Bruxelles, 8 mai 1810 (Mock et C.ie), *Pas. Cr.* — Tr. Com. de la Seine, 9 fév. 1864 (A.... c. L....), Dal. 65, 5, 40.

[4] Gand, 12 fév. 1846 (Dupas), *Pas. Belge* 1847, 2, 512; Bruxelles, 23 mars 1820.

[5] Vedi Fiore, *Del fallimento secondo il Dir. priv. inter.*, p. 88.

secondo la legge nel paese stesso in cui fu fatto il contratto, da cui l'obbligazione deriva.[1] In America prevale la stessa regola.[2] Il fallito quindi potrebbe ivi opporre il concordato omologato, se i contratti, all'adempimento dei quali lo si vuole costringere, furono fatti nello stesso territorio, sul quale impera la legge secondo cui fu omologato il concordato.[3] Non dovrebbe in verità farsi alcuna differenza tra contratti fatti nello Stato e contratti fatti all'estero, e tra creditori nazionali e stranieri Il concordato debitamente omologato dovrebbe essere obbligatorio per tutti i creditori indistintamente, perchè tutti devono sottostare alle conseguenze giuridiche del fallimento secondo la legge del paese in cui fu dichiarato. Ci pare soltanto che per essere opponibile in giudizio in un terzo paese sia necessario farlo prima dichiarare esecutorio, e modifichiamo in questa parte l'opinione precedentemente espressa.

La distinzione che si è voluta fare[4] tra le sentenze straniere che si vogliono eseguire, e quelle che s'invocano soltanto per costatare certi fatti o certe qualità (come, per esempio, la qualità di sindaco del fallimento per poter esigere i crediti, la qualità di curatore, e simili), per concludere che l'esecutorietà sia necessaria soltanto per le prime e non per le seconde, sembra a primo aspetto ben fondata, ma non è così meglio esaminando la cosa. Si è detto infatti che al giudice appar-

[1] Lord Ellenborough nella causa *Potter* decise « the rule was, that » what is a discharge of a debt in the country where it was contracted is a di» scarge of it everywhere. » (La regola è che la obbligazione estinta nel paese, in cui fu fatto il contratto, è considerata estinta dovunque): *Potter c. Brown*, 5; East R. 124, 130.

[2] Kent, *Comment lect.* 37, p. 392; Bel, *Comm.*, § 1267, p. 691; Story, *Conflict. of Laws.*, n. 335.

[3] Vedi Story cit., num. 538-40.

[4] Macerata, 31 ottobre 1866, *An. Giur.* 66, 2, 156. — Vedi Carle, *Dottrina del fallimento*, p. 53.

tiene il comando *imperium*, e che quando proferisce la formula con cui comanda di eseguire il giudicato fa atto di sovranità, e quindi che solo l'esecuzione coattiva delle sentenze straniere offenderebbe la sovranità territoriale, e si è concluso che per queste soltanto sia necessaria l'esecutorietà per non prestarsi ad eseguire un comando, o riconoscere un atto di autorità in nome di altra sovranità. A noi pare invece che nessun atto di magistrato dovrebbe essere efficace fuori del territorio dello Stato, e che in un terzo paese sia sempre necessario ottenere l'esecutorietà.

Quando certi fatti e certe qualità acquistano esistenza giuridica per la sentenza del magistrato competente, questi può dichiarare efficacemente quei fatti e quelle qualità nel paese in cui esercita autorità e giurisdizione; ma in un terzo paese, rispettando pure la regola *res judicata pro veritate habetur*, sarebbe sempre necessario esaminare se fu competente il magistrato, e se riconoscendo la sua sentenza ne derivi alcuna offesa al diritto pubblico o all'ordine pubblico interno del Regno.

In Francia, ove si considera necessario esaminare nel merito la lite prima di dichiarare esecutoria la sentenza straniera,[1] si è fatta un'eccezione per gli atti di giurisdizione volontaria di magistrati stranieri, e si è detto che si possono eseguire senza che siano previamente esaminati, perchè non decidono in merito, ma costatano l'esistenza di certi fatti, o danno autorità e autenticità a convenzioni private.[2] Si è quindi applicato la regola

[1] Cass. Fr., 20 août 1872 (Leroux), Pal. 1872, 856. — Pau, 17 janv. 1872 (Etchevest), Pal. 72, 936. — Toulouse, 29 janv. 1872 (Denton.), Pal. 1873, 193, le note ivi. — Cfr. Chambéry, 29 janv. 1873 (Demas), Pal. 1873, 1092. — Paris, 31 janv. 1873 (Egger), Pal. 1874, 205.

[2] Montpellier, 17 déc. 1869 (Barnede), Pas. 1870, 345 — Paris, 22 février 1872 (Debbeld), Pal. 72, 460. — Paris, 28 janv. 1873 (Whol). — Vedi Cass.

locus regit actum, e si è detto che gli atti validi secondo la legge del paese in cui furono fatti devono reputarsi validi dovunque. Per noi la soluzione della quistione è diversa: riteniamo la regola *res judicata pro veritate habetur* per tutti gli atti e di giurisdizione contenziosa e di giurisdizione volontaria; ma ammettiamo pure che la sovranità territoriale sarebbe offesa nella sua indipendenza, sempreché si domandi di far valere nel nostro paese un atto di giurisdizione straniera, senza premettere quel giudizio che il nostro Codice dice di delibazione, e che consiste nell'esaminare se fu competente l'Autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza, se essa contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del Regno.

Se, per esempio, nel paese in cui fu dichiarato il fallimento i creditori stranieri fossero esclusi dal concorrere, o dal fare opposizione al concordato, o se fosse stato omologato dal magistrato senza il concorso dei creditori, o se fosse stato omologato in paese diverso ove fu dichiarato il fallimento, e si volesse opporre tale concordato in Italia, il magistrato italiano non potrebbe concedere l'esecutorietà. Così con ragione la Corte di Bruxelles[1] negò l'efficacia nel Belgio a un certificato di liberazione completa ottenuto senza concorso dei creditori dal *Chief commissioner of insolvents states* da un Belga domiciliato a Sidney, e che pretendeva poi opporlo nel Belgio. Sarebbe lo stesso se il Sovrano con un rescritto concedesse una dilazione, o prorogasse la scadenza o accordasse un salvacondotto al debitore.[2]

Fr., 30 nov. 1868 (Bischoffsheim), Pal. 1869, 652 e la nota ivi. — Cfr. Paris, 31 janv. 1873 (Egger), Pal. 1874, 203.

[1] Bruxelles, 3 janv. 1860 (Dhanis-Declerq.), *Pas. Bel.*

[2] Bordeaux, 3 fév. 1813 (Beneke), *Pas. Cr.* — Vedi Fiore, *Del fallimento*, p. 103 e seg.

Ma dichiarato esecutorio il concordato sarebbe efficace a contare dalla data dell'omologazione? Noi riteniamo l'affermativa, come diremo più lungamente in seguito a proposito della sentenza straniera che dichiara il fallimento. Certamente se il fallito sia stato negligente nell'offrire ai suoi creditori l'ammontare del dividendo o nel far dichiarare esecutorio il concordato, e sia poi arrestato o soffra procedimenti contro i beni o contro la persona per parte di chi ignorava l'esistenza del concordato, non potrebbe reclamare un' indennità per danni e interessi; ma dichiarato esecutorio il concordato dovrebbe valere ad arrestare i procedimenti contro la persona e contro i beni, e a rendere nulli gli atti fatti, perchè la dichiarazione di esecutorietà concessa nel Regno dovrebbe avere, a nostro avviso, valore retroattivo. Esecutorietà non significa nuovo giudizio, nè in verità si potrebbe dichiarare esecutorio che ciò che ha per se stesso forza di giudicato. Ammessa la massima *res judicata pro veritate habetur*, la sentenza straniera si deve considerare per se stessa esitente dal momento in cui fu pronunziata, e l'esecutorietà intendersi come dichiarazione che nulla osta a riconoscerne l'autorità e l'efficacia nel Regno.

Impossibilità fisica o morale di eseguire il pagamento. (§ 312.)

Se sia venduta una mercanzia caricata su nave designata, e durante il viaggio sopravvenisse la guerra tra lo Stato cui appartiene la nave e quello del porto cui è diretta, vi sarebbe il caso di forza maggiore, e il debitore sarebbe esonerato da qualunque responsabilità. È stato però deciso che il compratore in tali circostanze potrebbe esigere o la consegna nel porto intermedio in

cui si fermò la nave, o il trasbordo su altra nave, pagando le spese del trasbordo e del maggiore prezzo del nolo. Se il compratore, dopo avere ricevuto notificazione dal venditore che la nave si arrestò in un porto intermedio per la guerra sopravvenuta, non dichiari o volere la consegna in quel porto o volere sopportare le spese di trasbordo, la vendita si deve ritenere risoluta per impossibilità morale di eseguire la consegna.[1]

Applicazioni del principio locus regit actum. (§ 319.)

La giurisprudenza ha costantemente applicata la massima *locus regit actum*, e notiamo come meritevoli di più speciale considerazione che detta massima è stata applicata:

alla forma delle scritture private per decidere se l'indicazione in lettera e per esteso sia o no necessaria;[2]

agli usi vigenti nella piazza in cui si doveva eseguire l'obbligazione e al modo di esecuzione;[3]

alla forma e al termine per fare il rapporto in caso di avaria e ai certificati, di cui dovea essere munito il capitano per costringere gli assicuratori a pagare;[4]

al modo di fare il pagamento;[5]

alla forma del contratto di commissione;[6]

al regolamento di avaria;[7]

[1] Marseille, 28 juillet 1859 (Tubino frères et Olive), *J. de Mars.* 37, 1, 240.

[2] Cass. Napoli, 30 marzo 1866 (d'Avalos), *Ann. Giur.* 1866-67, 1, 529.

[3] Marseille, 8 oct. 1844 (Mustapha), *J. de Mars.* 24, 1, 50.

[4] Bordeaux, 6 mai 1861 e Cass., 1 fév. 1862 (Assureurs c. Vasquez), *J. de Mars.* 1862, 2, 5 e 145.

[5] Genova, 30 novembre 1860 (Giannello), Cavari 1, 2, 15.

[6] Marseille, 16 nov. 1864 (Petroromiro), *J. de Mars.* 1864, 1, 301.

[7] Livorno, 16 luglio 1834 (Henning), Nervini Dec. 1, p. 5.

alla costituzione del pegno mediante la gira della polizza di carico;[1]

al modo di accertare il rifiuto di accettazione e di pagamento;[2]

ai mezzi di prova per decidere se le scritture private potessero valere come atti probatorii;[3]

agli atti dello stato civile;[4]

alla prova della celebrazione del matrimonio;[5]

agli atti fatti in Costantinopoli non ostante le capitolazioni con la Porta Ottomanna, e il privilegio dell'estraterritorialità;[6]

alle forme degli effetti commerciali;[7]

alla validità delle proteste;[8]

alla necessità del giuramento per l'efficacia di una perizia;[9]

alla forma con cui dev' essere fatto il rapporto del capitano al porto di arrivo.[10]

Della legge con cui si deve giudicare della validità del contratto di matrimonio. (§ 329.)

La Corte di Cassazione francese, applicando al contratto di matrimonio la massima *locus regit actum*, ri-

[1] Livorno, 17 settembre 1834 (Senn), Nervini Dec. 5, p. 52.

[2] Genova, 22 giugno 1871 (Oreggio), *Gazz. Proc.* 71, 524.

[3] Cass. Napoli, 30 marzo 1866 (d'Avalos), *Ann. Giur.* 1866-67, 1, 329.

[4] Cass. Fr., 13 juin 1865 (Graillat), Dal. 65, 1, 110. — Aix, 20 mars 1862 (Coccifi), Dal. 263, 48. — Cass. Fr., 7 fév. 1860 (Camroux), Dal. 60, 1, 126.

[5] Bordeaux, 14 mars 1849 (Rebière), Dal. 52, 2, 13. — Cass. Fr., 15 avril 1861 (Setz), Dal. 61, 1, 121. — Cass., 12 juin 1855 (Renaud), Dal. 55, 1, 389. — Cass., 8 nov. 1853 (De Venancourt), Dal. 54, 1, 120. — Cass., 18 avr. 1865 (Stiepowitch), Dal. 65, 1, 342.

[6] Cass. Fr., 18 avr. cit.

[7] Cass. Fr., 18 août 1836 (Wieldon), Dal. 57, 1, 59.

[8] Marseille, 20 fév. 1857 (Homble), *J. de Mars.* cit.

[9] Marseille, 10 juin 1872 (Dreyfors), *J. de Mars.* 72, 1, 198.

[10] Rouen, 7 juin 1856 (Langstaff-Ehremberg), *J. de Mars.* 34, 2, 148.

tenne valido un contratto di matrimonio redatto con scrittura privata tra un Francese residente negli Scali del Levante (a Costantinopoli) e una straniera, e ciò perchè quella legge autorizza tale forma. La finzione di estraterritorialità, disse la Corte, di cui possono godere i Francesi che dimorano negli Scali del Levante, non potrebbe avere per conseguenza di obbligarli necessariamente a seguire la legge francese per la redazione degli atti fatti ivi, e soprattutto poi quando contrattano con stranieri.[1]

Per le stesse ragioni la medesima Corte ritenne valide le convenzioni matrimoniali dopo la celebrazione del matrimonio, perchè fatte nella Spagna ove erano permesse dalla legge,[2] e considerò irrevocabile la donazione *propter nuptias*, fatta in simile circostanza in conformità di quanto dispone la legge spagnuola.[3]

In mancanza di tavole nuziali il principio da noi accettato, che il regime dei beni dev'essere retto dalla legge nazionale del marito, è confermato da una sentenza della Corte di Aix, la quale decise che nella mancanza di tavole nuziali si deve presumere che il Francese che sposò una straniera in paese straniero abbia voluto adottare il regime della comunità legale.[4]

Circa gli effetti giuridici in Italia di un contratto di matrimonio fatto in Inghilterra tra un Italiano ed un Inglese, e colla clausola che la donna non potrebbe disporre dei beni dotali senza il consenso dei *trustees* (consegnatarii) costituiti secondo la legge inglese, quali

[1] Cass. Fr., 18 avr. 1865 (Stiepowitch), Dal. 65, 1, 342.

[2] Cass. Fr., 24 déc. 1867 (Potier), Pas. 68, 305. — Cfr. Agen, 13 mars 1830 (Fauré), Dal. 30, 5, 91.

[3] Loc. cit.

[4] Aix, 18 août 1870 (Meunier). — Chambéry, 19 juin 1861 (Yvroud), Dal. 62, 5, 86.

detentori e conservatori dei beni dotali osserviamo che, se la donna inglese, divenuta italiana in virtù del matrimonio, volesse con l'autorizzazione del marito e senza il consenso dei *trustees* obbligarsi su detti beni, o alienarli se a ciò fosse autorizzata con decreto del Tribunale (Art. 1405 Cod. Civ. it.), la sua obbligazione sarebbe inefficace ad autorizzare il creditore ad agire su detti beni in Inghilterra e sarebbe invalida l'alienazione dei beni stessi. Sia che si trattasse di beni immobili che di beni mobili, la condizione giuridica degli stessi e l'efficacia delle azioni su detti beni dipenderebbe sempre dalla *lex rei sitae*. Ma se la donna avesse potuto trasportare i suoi beni in Italia e col consenso del marito si fosse obbligata su detti beni o li avesse alienati con l'autorizzazione del Tribunale, la legge inglese e la mancanza del consenso dei *trustees* non varrebbe ad invalidare l'obbligazione o l'alienazione, perchè della capacità giuridica di una donna maritata italiana non si può giudicare che in conformità della legge nostra.[1]

Della legge che deve regolare la lettera di cambio. (§ 344-355.)

I principii esposti nel testo sono conformi a quelli accettati dalla giurisprudenza per la validità della cambiale,[2] per la regolarità della gira[3] e per la sua efficacia a trasmettere la proprietà,[4] pel termine entro cui si

[1] Cfr. Paris, 4 août 1853 (Alletz), Dal. 53, 2, 315.

[2] Cass. Fr., 18 août 1856 (Wieldon), Pal. 58, 481. — Paris, 7 mai 1856 (M....), Pal. 57, 645. — Cfr. Cass. Fr., 25 sept. 1829 (Arnold), *Pas. Cr.*

[3] Aix, 29 avril 1844 (Heathfourse), *J. de Mars.* 23, 1, 116 — Marseille, 6 oct. 1858 (Faure frères), *J. de Mars.* 36, 1, 558. — Cass., 18 août 1856 (Vieldon), Pal. 58, 481. — Paris, 7 mai 1856 (Castrique), Pal. 57, 645.

[4] Aix, 29 avril cit.

deve agire contro il girante,[1] per le condizioni necessarie per esigere il ricambio.[2]

Del ricorso per mancanza di pagamento. (§ 356-360.)

Le condizioni necessarie per non decadere dal diritto di agire contro il traente dipendono dalla legge del paese in cui la cambiale fu creata;[3] quelle poi per potere agire contro i giranti, dalla legge del paese in cui fu fatta la gira.[4]

Se il portatore agisse contro il girante straniero nel suo paese e potesse poi citarlo dinanzi ad altro Tribunale, si deve presumere, fino a prova in contrario, che i procedimenti contro il girante straniero nel suo paese furono legalmente fatti, e non varrebbe opporre che il ricorso fu irregolare.[5]

Il modo ordinario per costatare il rifiuto di pagamento è il protesto, e dalla data di questo si determina quando il portatore si deve considerare decaduto dal regresso contro i giranti. Può però accadere che il protesto non si sia potuto fare per forza maggiore, e così è, per esempio, se il Governo straniero avesse ordinato misure sanitarie, senza che i commercianti ne abbiano potuto avere avviso. Si è detto che il portatore che in simili circostanze sia impedito, il giorno seguente alla scadenza, di protestare la cambiale, non perderebbe il regresso, tranne che non si potesse dire che per sua colpa si sia trovato in presenza di quell'ostacolo. Tale sarebbe il caso se il portatore abbia spedito la cam-

[1] Aix, 5 fév. 1832 (Pastré), *J. de Mars.* 13, 1, 281.
[2] Marseille, 6 nov. 1837 (Hudgo), *J. de Mars.* 17, 1, 110.
[3] Cass. Fr., 5 janv. 1855 (Dulac), Pal. 54, 645.
[4] Aix, 5 fév. 1832 (Pastré et Fresqet), *J. de Mars.* 13, 1, 281. — Cfr. Chambéry, 25 nov. 1864 (Bleton), Pal. 65, 465.
[5] Marseille, 2 mai 1830 (Ganneron), *J. de Mars.* 20, 1, 513.

biale per la via di mare, calcolando il tempo fisico necessario per la traversata, e senza tener conto delle eventualità di ritardo per lo stato del mare e le misure sanitarie.[1]

La legge promulgata in Francia il 13 agosto 1870, che prorogò il termine per fare i protesti, fece sorgere la delicata quistione se la proroga dovesse essere eziandio efficace pel regresso contro i giranti stranieri nel senso di dover considerare prorogata la dilazione per agire contro essi. Fu incerta la giurisprudenza, e alcune Corti ritennero l'affermativa,[2] altre la negativa.[3]

La dottrina del Supremo Tribunale di Lipsia e dei Tribunali e delle Corti citate ci confermano nell'opinione già accettata nel testo (§ 359). Ci sembra che la legge del luogo in cui dev'essere pagata la cambiale è applicabile al modo di esigere il pagamento e di contestare il rifiuto, alla forma con cui deve essere presentata la cambiale all'accettazione, e alla forma per eseguire il protesto; ma il termine pel regresso appartiene alla sostanza del diritto e dell'obbligazione, e non può dipendere che dalla legge sotto cui nacque l'obbligazione stessa.

Il traente e i giranti sono tutti garanti solidali del

[1] Paris, 25 avril 1862 e Cass., 7 juillet 1862 (Comptoir d'escompte), Pal. 63, 102.

[2] Cass. di Torino, 6 marzo 1872 (Ditta Courtot), *Ann. Giur.* 1872. — Corte Suprema Austriaca, 28 maggio 1872 (M. F. contro E. e G. Z.), riportata dalla *Gazz. Proc.* 1872-73, p. 299.

[3] Supremo Tribunale di Lipsia, 21 febb. 1871 (Ditta E. Müller), riportata dal *Giornale del Foro*, anno XXXIV, p. 43. — Tribunale di Commercio di Torino, 13 dicembre 1870. — Tribunale di Commercio di Milano, 21 luglio, 1 agosto, 16 novembre, 30 dicembre 1871. — Trib. di Commercio di Brescia, 29 marzo 1871. — Trib. di Comm. di Roma, 29 dic. 1872. — Corte di Torino, 14 gennaio 1871 (Maison), *Gazz. Proc.* 1871-72, 141. — Corte di Milano, 16 aprile 1872 (Banca Nazionale), *Gazz. Proc.* 1872-73, 211. — Corte di Genova, 27 giugno 1871.

pagamento, ma sotto certe condizioni: nè la loro responsabilità si può protrarre oltre la misura stabilita quando si obbligarono. Una delle condizioni è che il portatore presenti la cambiale pel pagamento alla scadenza, che costati il rifiuto mediante il protesto, e che agisca entro un certo termine contro i giranti. Il protrarre la responsabilità oltre il termine stabilito col contratto cambiario equivalerebbe a mutare sostanzialmente l'estensione dell'obbligazione dei giranti. Si disse che la legge francese del 13 agosto 1870 si doveva considerare come forza maggiore e certamente, se si valutavano gli effetti di detta legge rispetto alla possibilità di agire contro il trattario, o di fare il protesto, specialmente poi dopo il decreto del 14 novembre 1870 che espressamente lo proibì; ma si poteva dire lo stesso, se se ne valutavano gli effetti rispetto ai rapporti tra portatore e giranti stranieri? Concedendo a quella legge l'autorità di mutare i termini pel regresso contro i giranti, se ne estendeva l'impero oltre i confini dello Stato in cui fu promulgata.

La legge francese doveva essere riconosciuta come forza maggiore anche dai giranti stranieri, i quali non potevano opporre al portatore la mancanza del protesto. Se il portatore presentò la cambiale al pagamento, e non potè costatare il rifiuto di pagamento col protesto, perchè vi si opponeva la legge ivi vigente, i giranti dovevano rispettare la forza maggiore, perchè il protesto, che appartiene agli atti di esecuzione, dev'essere retto dalla legge del luogo di pagamento, la quale obbliga anche i giranti. Se quindi il portatore, che non poteva agire contro il trattario, esercitava l'azione contro i giranti, questi non potevano eccepire per la mancanza del protesto, e quando il portatore costatava il rifiuto di pagamento, e la forza maggiore per la quale

non potè eseguire il protesto, doveva essere ammesso ad agire contro i giranti. La legge francese che poteva, bene o male che facesse, proteggere il trattario francese, mettendolo al sicuro dalla persecuzione del suo creditore, non valeva certamente a proteggere i giranti stranieri, i quali non potevano giovarsi della proroga per ritardare il pagamento dell'effetto cambiario da essi garantito in corrispettivo di quanto avevano esatto: ma d'altra parte non si poteva pretendere che la loro responsabilità fosse prorogata oltre il tempo pel quale si erano obbligati, nè si poteva applicare altra legge che quella che informò originariamente la loro obbligazione.

Del fallimento. (§ 367-368.)

I principii esposti nel nostro trattatello circa i conflitti in materia di fallimento furono più largamente sviluppati in un libretto stampato a parte,[1] e a quanto è detto nel testo e nel citato libretto stimiamo solo fare poche aggiunte.

Le più accurate ricerce circa la giurisprudenza francese ci hanno sempre più convinti che in Francia non si riconosce efficace una sentenza straniera che dichiarò il fallimento. La sentenza straniera non è ivi neppure considerata come titolo sufficiente ad autorizzare i sindaci a fare un sequestro.[2] Si concede invece di fare sequestri contro il fallito, e si dichiarano validi dal magistrato francese.[3] La Corte di Aix e la Cassazione francese, pur riconoscendo che unica dev'essere la liquidazione e unico il giudizio in caso di fallimento, dissero

[1] *Del fallimento secondo il Diritto privato internazionale* (Nistri, 1873).
[2] Paris, 31 janv. 1873 (Egger), Pal. 1874, 203.
[3] Aix, 15 mars 1870 (Chattery), *J. de Mars.* 1870, 1, 219.

tale regola valere soltanto per i fallimenti dichiarati in Francia, se il fallito avesse ivi più stabilimenti, non per quelli dichiarati in paese straniero. [1]

In una sola sentenza, tra quelle che sono a nostra conoscenza, si trovano principii molto liberali, in quella del Tribunale civile di Marsiglia. Esso riconobbe che è contrario al diritto e all' equità creare ad alcuni creditori del fallito una situazione privilegiata, che non si dovrebbe ciò fare in Francia col pretesto che il Tribunale straniero chiamato alla liquidazione possa sconoscere i titoli di un Francese; concluse non poter dichiarare valido il sequestro fatto in Francia contro una Società straniera dichiarata in istato di fallimento o di liquidazione, e rimandò quindi il creditore francese a far valere i suoi diritti dinanzi al Tribunale inglese competente per la liquidazione. [2]

Per quello che si riferisce all' efficacia di una sentenza straniera che dichiarò il fallimento, persistiamo sempre nell' opinione già manifestata, [3] che cioè è contrario agl' interessi stessi del commercio limitarne l'efficacia nel territorio dello Stato in cui fu resa: che in quanto costata la cessazione di pagamento e nomina i sindaci, dovrebbe valere dovunque: che lo stesso Tribunale che dichiarò il fallimento dovrebbe procedere alla verifica dei crediti: che unica dovrebbe essere la liquidazione per non fare ad alcuni creditori una situazione privilegiata.

Vogliamo solo più particolarmente occuparci dell' esecutorietà della sentenza straniera, e ricercare in

[1] Aix, 28 août 1871 (Chauvassaigne), *J. de Mars.* 72, 1, 267. — Cass. Fr., 12 nov. 1872, *J. de Mars.* 73, 2, 56.

[2] Trib. Civ. de Marseille, 27 fév. 1872 (Eugéne Debourg, *Liquidateur de la continental Bank*), *J. de Mars.* 72, 2, 29.

[3] Vedi la 1a Edizione pubblicata nel 1869: ivi nel capitolo X, *Del fallimento*, si trovano tutti quei principii, che furono poi più largamente sviluppati nella Monografia pubblicata sullo stesso argomento.

quale momento precisamente sia necessario farla dichiarare esecutoria? Quali sono le conseguenze giuridiche della sentenza straniera non ancora dichiarata esecutoria, e di quella dichiarata esecutoria?

I sistemi sanzionati nelle legislazioni e nella giurisprudenza dei diversi Stati circa l'efficacia in un terzo paese di una sentenza di fallimento come di qualunque altra sentenza, possono ridursi a quattro:

1° Ritiene che nessuna sentenza straniera possa essere efficace in un altro Stato, nè possa essere ivi dichiarata esecutoria, se non sia prima riesaminata e riveduta a fondo la lite;

2° Distingue le sentenze straniere contro un cittadino dello Stato in cui se ne domanda l'esecuzione, e quelle contro uno straniero. Ammette la revisione in merito e il nuovo esame a fondo per le prime (salvo il caso che il cittadino senza esservi costretto si sia volontariamente sottoposto alla giurisdizione straniera). Per le seconde considera l'esame in merito non necessario nell'interesse delle parti, ma solo per costatare che la sentenza presenti tutti i requisiti per essere una sentenza vera e propria, e che non implichi alcun' offesa ai principii di ordine pubblico o al diritto pubblico nello Stato in cui si vuole eseguire;

3° Senza alcuna distinzione riconosce nella sentenza straniera l'autorità di cosa giudicata, ritiene per altro necessario prima di darle forza esecutiva di esaminare non la quistione in merito, ma se tale sentenza fu resa da Tribunale competente, se furono debitamente citate le parti, se offenda le leggi di ordine pubblico o il diritto pubblico nello Stato in cui se ne domanda l'esecutorietà. Ammette però che l'esecutorietà non deve avere forza retroattiva;

4° Distingue le sentenze che importano un'ese-

cuzione vera e propria, e quelle che servono solo a costatare certi fatti o a riconoscere certe qualità. Ammette che l'esame come nel sistema 3° è necessario soltanto per le sentenze di cui si domanda l'esecuzione coattiva, e ritiene che le altre debbono valere anche se non furono dichiarate esecutorie.

A noi sembra doverci allontanare da tutti i quattro citati sistemi, perchè non possiamo, secondo le nostre convinzioni, accettarne alcuno nella sua integrità.

In qualunque sentenza conviene ben distinguere l'autorità della cosa giudicata, *judicium*, dalla sua forza esecutiva che è vero atto di sovranità, perchè deriva dal potere coercitivo, dall'*imperium*. La verità della cosa giudicata dovrebbe essere riconosciuta dovunque: « L'administration de la justice (dice Vattel) » exige nécessairement que toute sentence définitive, » régulièrement prononcée, soit tenue pour juste, et » exécutée comme telle.... Entreprendre d'examiner la » justice d'une sentence définitive, c'est attaquer la ju» risdiction de celui qui l'a rendue. »[1]

Oggi più che mai il magistrato non è l'ufficiale del Governo, ma il sacerdote della giustizia. Egli non è tenuto ad applicare esclusivamente la legge territoriale, ma quella che regge il rapporto giuridico intorno a cui si disputa, e la sua decisione è la vera legge delle parti che o per ragione della persona, o per ragione del contratto, o per altre considerazioni sono sottoposte alla sua giurisdizione. La forza esecutiva poi della sentenza, è chiaro, che non potrebbe valere fuori del territorio in cui la sentenza fu resa, perchè nessun atto di esecuzione potrebbe permettersi in un paese in nome di un'altra sovranità. L'*imperium* è assolutamente territoriale, ed è così della forza esecutiva della sentenza.

[1] Vattel, *Droit des gens*, § 84, p. 64 (Edit. Pradier-Foderé).

È quindi indubitato che, ammettendo pure che il principio *res judicata pro veritate habetur* non debba essere ristretto nei limiti materiali dello Stato in cui la sentenza fu resa, la forza esecutiva dev'esser data dall'Autorità che ha giurisdizione nel luogo in cui la sentenza si vuol far valere.

Ma sarà a ciò necessaria la revisione a fondo, e l'esame in merito? Noi non lo crediamo, perchè ci sembra ben fondato quello che scrisse Vattel, che il volere esaminare la giustizia di una sentenza definitiva equivale ad attaccare la giurisdizione di quello che l'ha resa, al che aggiungeremo col Pinheiro-Ferreira, che *res judicata pro veritate habetur* significa « qu'on doit » regarder la décision comme étant le véritable droit » des parties. »[1] L'Autorità cui si domanda l'*exequatur* dovrebbe sempre esaminare e nell'interesse pubblico e nell'interesse privato se la sentenza che si vuole eseguire sia una sentenza vera e propria, ossia esaminare se fu pronunziata da Tribunale competente, secondo la legge del luogo in cui fu resa; se le parti furono debitamente citate e legalmente rappresentate o legalmente contumaci; se le conseguenze giuridiche dell'esecuzione sieno contrarie alle leggi d'ordine pubblico, o al diritto pubblico dello Stato in cui la sentenza si vuole eseguire. Tale esame è, secondo noi, necessario, sì per le sentenze per le quali si domanda la esecuzione coattiva nel Regno, sì per quelle che s'invocano per costatare certi fatti e certe qualità. Nessun atto di magistrato straniero dovrebbe essere efficace nel Regno senza ottenere prima l'*exequatur* dall'Autorità competente nel nostro Stato.[2]

Non si voglia da ciò concludere che il sindaco del fallimento o il curatore dell'inabilitato e simili non po-

[1] Vedi nota al § cit. di Vattel.
[2] Cass. Torino, 15 aprile 1867 (Giorgi), Caveri 7, 1, 19.

trebbero fare atti conservativi in un terzo Stato se prima la sentenza non sia dichiarata esecutiva, come decise la Corte di Parigi.[1] A noi sembra che le sentenze straniere anche non rese esecutorie possono sempre valere come atti probatorii, e che il sindaco del fallimento possa sul solo titolo della sentenza straniera che lo nomina essere autorizzato a fare gli atti conservativi, nè la mancanza dell'*exequatur* potrebbe considerarsi come ostacolo per la citazione, onde far pronunciare la validità e conferma del sequestro; ma prima che il magistrato giudichi della validità, rivocazione o conferma del sequestro, dovrebbe essere dichiarata esecutoria la sentenza straniera che dichiarò il fallimento, e che nominò i sindaci.

Ma quali saranno gli effetti dell'esecutorietà? La sentenza straniera sarà considerata come il vero diritto delle parti a contare dalla sua data, o dalla data dell'*exequatur?* A noi sembra che, se l'*exequatur* sia concesso senza esame in merito e revisione a fondo della sentenza, dovrebbe avere forza retroattiva. Non potremmo in verità conciliare coi nostri principii la decisione della Cassazione di Torino, la quale, ritenendo che fosse necessario dichiarare esecutoria una sentenza straniera di fallimento, disse ancora che l'esecutorietà non poteva avere effetto retroattivo.[2] Se la cosa giudicata esiste in virtù della sentenza straniera, a contare dalla data della stessa esistono i diritti delle parti; come ammettere quindi che l'*exequatur* non debba avere valore retroattivo? Se secondo l'Art. 941 del Cod. di Proc. ital. la forza esecutiva delle sentenze straniere è data dalla Corte di Appello, la sentenza straniera esiste per sè, e non comincia ad esistere dall'*exequatur*, solo comin-

[1] Paris, 31 janv. 1875 (Egger), Pal. 74, 205.
[2] Cass. Torino, 13 aprile 1867 (Giorgi e Valentini), loc. cit.

cia a poter essere eseguita: ci pare quindi evidente che l'*exequatur* deve avere forza retroattiva rispetto ai diritti delle parti, i quali risultano dalla cosa giudicata. Dovrebbe sostenersi il contrario nel sistema che richiede la revisione in merito prima di concedere l'*exequatur*.

Concludiamo quindi che i diritti delle parti, le qualità, i fatti che derivano da sentenza straniera devono valere come tali dovunque, a condizione però che la sentenza sia dichiarata esecutoria per poter essere giudiziariamente efficace in un terzo Stato. L'esecutorietà dovrebbe essere concessa dietro esame fatto nei limiti suesposti, e dovrebbe avere forza retroattiva.

Della legge che deve regolare la successione. (§ 394.)

Gli scrittori e la giurisprudenza francese ammettono più generalmente la che successione si apre al domicilio del defunto, e che secondo la legge del domicilio si devono determinare i diritti dei successori. [1] Anche per la successione di un Francese, che avea stabilito il suo domicilio in paese straniero, si applicò la legge del domicilio a preferenza della legge francese, [2] ed è così soprattutto per i beni mobili, [3] tantochè la Cassazione francese decise che nella successione di un Francese domiciliato in paese straniero gli agnati erano chiamati a succedere ad esclusione dei cognati, perchè così disponeva la legge del paese in cui il Francese era domiciliato. [4]

[1] Riom, 7 avr. 1835 (Onslow), *Pas. Cr.*—Paris, 13 mars 1830 (Brown), Pas. 51, 2, 791. — Bordeaux, 16 août 1845 (Manevre), Dal. 47, 245. — Cfr. Rodière, *Revue de législ.*, t. I, 1850, p. 185; Chabot, *Succession*, sull'Art. 726.

[2] Cass. Fr., 27 avril 1868 (Jeannin), Pal. 68, 636.— Cass., 25 juin 1866 (Gautier), Pal. 65, 764. — Cfr. Toulouse, 7 déc. 1863 (Mouret), Pal. 64, 1184.

[3] Paris, 13 mars 1850 (Brown), Pal. 1850, 2, 456. — Paris, 25 mai 1852; 6 janv. 1662, Pal. 52, 2, 232; 65, 68.

[4] Cass. Fr., 27 avril cit.

Per i diritti successorii poi sugl' immobili prevale la massima che devono essere determinati secondo la legge francese per la regola generale che gl' immobili esistenti in Francia sono retti dalla legge francese.[1] Perciò nella causa Etchevest contro Galharagua disputandosi circa i diritti successorii di un figlio naturale spagnuolo che concorreva con figli legittimi nella successione paterna, e che secondo la sua legge personale avrebbe avuto diritto ai soli alimenti, fu deciso che per la successione mobiliare sarebbe stato escluso in conformità della legge del suo paese; ma che sugl' immobili esistenti in Francia avrebbe goduto i diritti successorii che a lui conferisce la legge Francese.[2] Questa dottrina, che cioè la legge francese debba esclusivamente applicarsi per determinare i diritti successorii sugl' immobili esistenti in Francia, è generalmente sostenuta dagli scrittori[3] e convalidata dalla giurisprudenza[4] pel principio che le leggi successorie sono leggi reali: « La dévolution » par succession et le partage des immeubles délaissés » en France par un étranger décédé en France ou à » l'étranger sont exclusivement régis par la loi fran» çaise; peu importe que les héritiers soient français ou » étrangers. On procède en pareil cas comme si l'étran» ger avait laissé deux successions complétement dis» tinctes, l'une en France, l'autre dans sa patrie, et en » faisant, pour le réglement des biens situés en France, » abstraction de ceux qu'il a laissés à l'étranger. »[5]

[1] Besançon e Cass. in conferma della Sentenza del Trib. di Lons-le-Saulnier, 31 mars 1863, Pal. 68, 637.

[2] Pau, 17 janv. 1872 (Etchevest), Pal. 72, 936.

[3] Marcadè, t. I, p. 73; Demolombe, t. I, n. 90; Demangeat, *Cond. des étrang.*; Chabot, *Success.*, Art. 726; Rodière, *Revue de législ.*, t. I, 1850, p. 185 e seg.; Aubry et Rau, note 43, 47, 48, 50 al § 31 di Zaccaria.

[4] Cass. Fr., 14 mars 1837 (Stewart), *Pas. Cr.*

[5] Zaccaria, *Cours de Dr. civ.*, § 31, p. 101 (Ediz. 1869).

In conseguenza di tali principii i Tribunali francesi si sono dichiarati competenti a conoscere e a fare il riparto degli immobili esistenti in Francia in conformità della legge francese,[1] e hanno ritenuto generalmente che le dimande per divisione d'immobili situati in Francia, e appartenenti alla successione di uno straniero morto fuori della Francia, dovessero essere portate dinanzi al Tribunale del luogo ove sono situati i beni, e non dinanzi a quello del luogo, ove si aprì la successione.[2] L'Art. 3° Codice civile, disse la Corte di Colmar, che sottopone alla legge francese gl'immobili esistenti in Francia, benchè posseduti da stranieri, sottopone per una conseguenza necessaria i medesimi immobili alla giurisdizione francese, essendo il potere giurisdizionale come il legislativo un'emanazione della sovranità. Per siffatte considerazioni i Tribunali francesi non considerano l'Art. 59, § 6, Cod. Proc. civ., applicabile alle successioni aperte in paese straniero e alle azioni derivanti dalle stesse, e applicano l'Art. 14 Cod. civ. per le azioni personali[3] e l'Art. 3° Cod. civ. per le azioni sugl'immobili situati in Francia.[4] Per contrario per le azioni e divisione della successione di uno straniero morto in Francia si sono dichiarati competenti a conoscere anche della divisione mobiliare se lo straniero avea ivi domicilio, e incompetenti se non vi avea domicilio, sempre per la distinzione tra successione mobiliare che è retta da unica legge, e successione immobiliare che è retta dalla *lex rei sitae.*[5]

[1] Merlin, *Rép.*, v. *Compétence*, § 2, n. 9. — Pigeau, L. 2, P. 4, t. II. c. 1. — Legat, p. 295. — Cass., 14 mars 1837 (Stewart), *Pas. Cr.*

[2] Colmar, 12 août 1817 (Gerardy), *Pas. Cr.*

[3] Paris, 17 nov. 1834, *Pas. Cr.* — Paris, 11 déc. 1847 (Kuhn), Dal. 1848, 2, 49.

[4] Cass. Fr., 10 nov 1847 (François), Dal. 48, 1, 35.

[5] Paris, 13 mars 1850 (Brown), Pas. 51, 2, 791. — Riom, 7 avril 1835, *Pas. Cr.*

Nelle più recenti decisioni che sono a nostra conoscenza si trova in verità stabilito come massima che la successione mobiliare dello straniero deve essere regolata dalla legge nazionale.[1] Conviene per altro notare che in tutte codeste sentenze il domicilio coincideva con la nazionalità, tanto che non si potrebbe affermare che la giurisprudenza recente abbia accettato la massima di far regolare la successione mobiliare dello straniero dalla sua legge nazionale. Nella citata sentenza del Tribunale di Havre è anzi ammesso che, se uno straniero avesse in Francia il domicilio legale, la successione mobiliare dello stesso sarebbe devoluta secondo la legge francese.[2]

Non vogliamo omettere di notare che la sentenza del Tribunale di Havre inizia un'importante riforma nel senso liberale e progressivo, e se i principii dottrinali che motivano quella sentenza saranno accettati nella giurisprudenza francese, e se, come sempre, non saranno poi diversamente interpretati per l'esagerata sollecitudine di proteggere gl'interessi dei loro nazionali, ne avranno il giusto merito quei dotti e sapienti magistrati, che hanno preso a fondamento della loro decisione i principii razionali e hanno lasciato a parte i vieti criterii dell'antica scuola.

In Italia prima della pubblicazione del Codice civ. prevaleva la massima che gl'immobili nelle successioni intestate erano devoluti secondo la *lex rei sitae*[3] e i

[1] Lion, 24 juin 1874 (des Guidi), Pal. 72, 900. — Paris, 14 jull. 1874 (Bergold), Pal. 74, 505. — Pau, 17 janv. 1872 (Etchevest), Pal. 72, 936. — Paris, 29 juill. 1872 (Morand), Pal. 73, 690. — Havre, 22 août 1872 (Myers), Pal. 72, 1219.

[2] Sentenza cit.

[3] Vedi le Sentenze del Senato di Genova, 22 giugno 1838 (Brignole), Gervasoni, p. 222; 5 luglio 1845 (Baldi-Bottini), Mantelli, XIII, 450. — Rota Romana, 29 aprile 1859 (Carradori), Raccolta del Belli. — Senato di Casale, 24 maggio 1839 (Serponti), Mantelli, V, 5, App. — Senato di Nizza, 21 nov. 1842

mobili secondo la legge personale; ma il nostro Codice, tenendo conto dei progressi della scienza moderna, fece un' importante e ardita innovazione, e dispose che la successione dovesse essere regolata dalla legge nazionale della persona, di qualunque natura fossero i beni e in qualunque paese situati.

Nell' applicazione dell' Art. 8° Cod. civ. si potrebbe dubitare, se aprendosi la successione in Italia i diritti dei successibili e l' ordine della successione devono essere regolati dalla legge nazionale del defunto, anche nell' ipotesi che gl' immobili ereditarii fossero situati in paese straniero ove vige legge diversa. La Corte di Cassazione di Torino disse nella causa Pallavicini contro Gavotti che il legislatore italiano, adottando per il primo il liberale e generoso principio che il patrimonio come ente ideale, *universitas juris*, è indivisibile come la persona, e quindi che unica dev' essere la legge della successione, dava ammirabile esempio e un incentivo agli altri legislatori per seguirlo nella medesima via, ma che non poteva intendere d' imporre agli altri Stati una sì ardita innovazione legislativa.[1] Principii incontrovertibili che anche noi sosteniamo, se si discutesse circa l' influenza che potrebbe avere la legge nostra sulle riforme legislative che si operano negli altri paesi, ma che a nulla valgono per risolvere la controversia da noi proposta e che era chiamata a decidere la Cassazione suddetta.

Il nostro legislatore sanzionando che la successione è regolata dalla legge nazionale della persona, della cui ere-

(Leth), Mantelli, XII, 322. — Cagliari, 13 aprile 1853 (Dessi), Bettini 53, 2, 373. — Genova, 7 aprile 1856 (Colonna), Bett. 56, 2, 466. — Cass. Torino, 10 magg. 1858 (Colonna-Carignani), Racc. Cas. 1858, 226. — Cass. Milano, 20 marzo 1862 (Cantù-Garovaglio), Racc. Cas. 1862, 1, 156.

[1] 22 dicembre 1870 (Pallavicini-Gavotti), *Gazz Proc.* 1871-72, p. 40.

dità si tratta, ha dato ai giudici italiani una norma certa, sicura, non equivoca, per determinare la misura dei diritti successorii, e la intrinseca validità delle disposizioni testamentarie. In qualunque luogo esistano i beni, il magistrato nostro non può giudicare dei diritti successorii che a norma della legge nazionale del *de cujus*, perchè il nostro legislatore designa questa legge in termini chiari ed escludenti qualsiasi dubbiezza ed interpretazione come unica regola della successione. Non spetta certamente al magistrato nostro di applicare la legge del luogo in cui i beni si trovano, nè deve egli preoccuparsi degli ostacoli che la sua sentenza potrebbe incontrare nel luogo in cui dev' essere eseguita.

La Corte di Cassazione di Torino, affermando in modo tanto assoluto che i magistrati non debbono e non possono dare sentenze che sanno *a priori* di non aver modo di fare eseguire, stabilì una massima che non possiamo accettare. Tutti sanno che i magistrati non hanno modo di fare eseguire che le sentenze eseguibili nel Regno, e che la forza esecutiva delle sentenze eseguibili in paese straniero è data dal magistrato del paese in cui la sentenza deve eseguirsi. Stando quindi alla lettera della decisione, dovrebbe concludersi che i magistrati italiani non dovrebbero mai rendere sentenze eseguibili in paese straniero, perchè sanno *a priori* che non hanno modo per farle eseguire. Ma non poteva essere questo l' intendimento della Corte. La Corte voleva con quelle parole accennare agli ostacoli che si potevano incontrare nell' esecuzione della sentenza; ma anche in questo caso ci sembra non abbia bene distinto cio che appartiene all' efficacia della sentenza, e ciò che appartiene al merito della decisione. Non sempre i diritti delle parti, così come sono determinati dal Tribunale competente, sono poi riconosciuti in un terzo

paese ove la sentenza si vuol far valere; ma ciò significa soltanto che le sentenze rese in un paese non sono sempre efficaci in un altro paese, ma non influisce per nulla sulla decisione in merito, la quale dev' essere fondata sulla legge che regola per se stessa il rapporto giuridico intorno a cui si disputa, non su quella del paese in cui poi si vorrà eseguire.

Ci si potrebbe dire che avendo il nostro legislatore stabilito nell' Art. 7° che « gl'immobili sono soggetti alle leggi del luogo in cui sono situati, » ha implicitamente affermato che, se gl' immobili ereditarii fossero situati in paese retti da legge diversa dalla nostra, i diritti sugl' immobili esistenti in quel paese dovrebbero essere apprezzati secondo quella legge.

Richiamando quello che è detto innanzi sull'interpretazione dell'Art. 7°,[1] stimiamo aggiungere che con quella disposizione il legislatore ha voluto escludere l' applicazione delle leggi straniere contrarie alle nostre per i diritti sugl'immobili esistenti in Italia, non chiamare i magistrati nostri ad applicare leggi contrarie alle nostre agl' immobili esistenti in altri Stati. Se nella divisione dell' eredità applicando la *lex rei sitae* fossero esclusi per gl' immobili esistenti in paese straniero quelli che sarebbero inclusi secondo la legge nazionale del defunto, il nostro Governo da una parte non avrebbe ragione di dolersi per negata giustizia, anche se gli esclusi fossero cittadini italiani, e sarebbe questo il caso di dire con ragione ciò che disse la Cassazione di Torino, che il legislatore italiano non poteva intendere d' imporre agli altri Stati una sì ardita innovazione legislativa. Gl' interessati dall' altra parte non potrebbero elevare una quistione per danni e interessi se fossero esclusi contro la

[1] Vedi pag. 248, pag. 577, Appendice.

divisione fatta dal magistrato italiano, o domandare di prelevare sui beni esistenti in Italia una parte eguale a quella per la quale sono esclusi in paese straniero, perchè si potrebbe a ragione invocare la massima sancita dall'Art. 7° per concludere che, se gl' immobili sono situati in paese straniero e la legge territoriale ammette massime diverse, non possiamo pretendere di applicare ivi le leggi nostre.[1]

Se per contrario la successione di un Italiano si aprisse all' estero e secondo la legge ivi vigente che considera, per esempio, la legge del domicilio come legge regolatrice della successione, fossero applicate massime diverse da quelle sancite dal nostro legislatore e per l'ordine di succedere e per la misura dei diritti successorii, la divisione fatta dal magistrato straniero sarebbe inefficace per gl' immobili e i mobili situati in Italia, pei quali s' invocherebbe l' Art. 7° per concludere

[1] Si è criticata la disposizione del nostro Codice civile, perchè conced e agli stranieri i diritti successorii secondo la legge del loro paese, e senza riservare trattamento reciproco per le successioni degli Italiani negli Stati cui essi appartengono. Tale critica non ci pare fondata. La condotta di uno Stato non può mai giustificare quella dell' altro se contraria al diritto e alla giustizia, nè sapremmo come legittimare nei rapporti internazionali le rappresaglie a danno dei privati, che è poi l' ultima conseguenza del sistema della reciprocità. L'inconveniente gravissimo della disparità di trattamento dovrebbe piuttosto spinger tutti gli Stati a stabilire regole uniformi o reciprocamente obbligatorie per regolare le successioni degli stranieri. Nell' attuale stato di cose incombe al nostro Governo di assicurare, mediante trattati, agli Italiani i diritti successorii attribuiti dalla propria legge. Tentativi ne sono stati fatti, ma spesso infruttuosi, come è accaduto anche recentemente col Governo Austro-Ungarico. Alle formalità che si devono compiere, quando si apre la successione di uno straniero, è largamente provveduto in quasi tutti i Trattati; ma circa la sostanza dei diritti successorii nulla è disposto, se si eccettuano pochissimi Trattati, tra i quali quello tra l'Italia e Tunisi, 8-24 settembre 1868, che dispone, Art. 22: « Le donazioni e le successioni, ancorchè aventi per oggetto beni immobili, saranno regolate secondo le leggi italiane o tunisine, secondo che il donante o il defunto appartenga all' una o all' altra nazione. » Conforme disposizione si trova nel Trattato tra l' Italia e la Repubblica di Nicaragua, 6 marzo 1868, Art. 17.

che la successione sugl' immobili di un Italiano situati in Italia, anche nell' ipotesi che la successione si fosse aperta in paese straniero, non può essere regolata che dalla legge nostra.

Se gli immobili ereditarii fossero situati in paesi diversi, può sorgere la quistione se il Tribunale del luogo, in cui esistono i beni, sia competente per conoscere delle azioni per petizione e divisione di eredità.

La massima che unico debba essere il giudice per decidere le controversie in materia di successione, è stata a noi tramandata dai sapienti Giureconsulti romani. Essi consideravano di comune utilità far risolvere le controversie fra più persone dallo stesso giudice, anche se non competente giusta le regole ordinarie, e facendo l' applicazione di tale regola generale alle controversie per la divisione dei beni ereditarii, ammisero che unico dovesse essere il giudice per giudicarne: *Si inter plures familiae erciscundae agetur et inter eosdem communi dividundo.... eundem judicem sumendum.*[1] Le leggi moderne accettarono il principio, e mentre i Romani ritenendo che unico dovea essere il giudice, lasciavano in facoltà dell' attore o di adire il magistrato del luogo in cui erano i beni ereditarii, o quello del luogo del domicilio del convenuto,[2] i legislatori nostri, forse con l' intendimento di rendere più agevole la difesa e minori le difficoltà e le spese del giudizio, designarono il magistrato del luogo, in cui si apre la successione, come l' unico competente per le controversie cui può dar luogo la successione.[3]

Non vi è dubbio che, se uno straniero fosse domi-

[1] L. 1 Dig. *De quib. reb. ad eumd. jud.*
[2] L. un. Cod. ubi *De haered. agatur.*
[3] Cod. Proc. Sardo, Art. 22; Cod. Proc. Due Sic., Art. 151; Cod. Proc. Fr., Art. 59; Cod. Proc. Ital., Art. 94.

ciliato in Italia, e quivi esistessero tutti i suoi beni, l'Art. 94 Cod. Proc. ital. sarebbe applicabile a determinare il magistrato competente per le controversie circa la successione dello stesso; ma se i beni ereditarii esistessero in paesi diversi, non ci pare egualmente certa la soluzione.

La Corte di Cassazione di Napoli, dinanzi alla quale fu discussa la quistione nella causa Mustier, disse che, se la giurisdizione in materia di azioni successorie non fosse concentrata nel magistrato del paese in cui si aprì la successione, non si arriverebbe ad impedire che i diritti successorii fossero apprezzati con diverse leggi e si ritornerebbe all'antico principio, tante essere le eredità quanti i territorii. Ma ci sembra che la Corte di Cassazione di Napoli non prese in debita considerazione un postulato incontrovertibile, che cioè le leggi di uno Stato possono valere soltanto nel territorio su cui si estende la sua sovranità, e che il legislatore italiano non intese e non poteva intendere di obbligare i magistrati di tutti i paesi a considerare la successione come un tutto ideale indivisibile come la persona.

Se esaminiamo le diverse fasi, per le quali è passata la questione dei diritti successorii degli stranieri, troviamo che prima i beni si dichiararono vacanti e si attribuivano allo Stato, nel cui territorio si trovavano per diritto di albinaggio; posteriormente equiparati gli stranieri ai cittadini per l'esercizio di alcuni diritti si concesse loro la facoltà di ricevere e trasmettere; però lo Stato, che cessò d'impadronirsi dei beni dello straniero, pretese di regolare colle proprie leggi la successione, e di far risolvere dal suo magistrato le controversie circa i beni esistenti nel suo territorio. A tale regola assoluta si fece poi un'eccezione per i beni mobili, pei quali solamente si ammise l'applicazione della legge personale del defunto.

Il legislatore italiano fece un' ardita e liberale innovazione, sanzionando che unica deve essere la legge della successione, perchè il patrimonio del defunto è una unità ideale indivisibile come la persona. Con tale massima il nostro legislatore ha dato un incentivo agli altri per seguirlo nella via progressiva; ma nè l' incentivo è stato ancora efficace, nè vi è modo per costringere gli altri Stati a considerare la successione come un tutto ideale, e regolata dalla legge personale del defunto. In tale stato di cose si può ritenere quello che disse la Corte di Cassazione di Napoli? A noi non sembra. Se la successione si fosse aperta all' estero, e quel magistrato applicando la legge territoriale, perchè ivi la legge successoria si considera come reale, avesse esclusi quelli che sarebbero inclusi secondo la legge nazionale del defunto, dovrebbero in tal caso negarsi agli esclusi i diritti successorii anche sugl' immobili esistenti in Italia? Se, secondo l' Art. 7° del nostro Codice civile, gl' immobili sono soggetti alle leggi del luogo in cui sono situati, e secondo l'Art. 8° i diritti successorii devono essere regolati dalla legge nazionale della persona, della di cui eredità si tratta, come si potrebbe negare agli esclusi di rivolgersi al magistrato nostro per far riconoscere almeno sugl' immobili esistenti nel Regno i loro diritti successorii? È una necessità che quella legge fosse rispettata per la divisione degl'immobili esistenti nel paese in cui si aprì la successione, ma non dovrebbe essere lo stesso per gl' immobili esistenti nel nostro Stato.

Supponiamo per contrario che la successione si aprisse in Italia, e che parte degl' immobili esistessero nel paese straniero ove vige la massima che la legge successoria è reale, e che si pretendesse che il nostro magistrato riconosca i diritti su quegl' immobili in conformità della legge ivi vigente. Se si ammettesse la dot-

trina della Corte di Cassazione di Napoli, ne deriverebbe quasi che il magistrato italiano sarebbe il solo competente, e che, in forza del principio gl' immobili essere soggetti alla legge del luogo ove sono situati, dovrebbe apprezzare i diritti dei successibili secondo la *lex rei sitae*. Ma sarebbe questa una strana confusione di principii. Il magistrato nostro non può valutare i diritti dei successibili che in conformità della legge nazionale del defunto, senza preoccuparsi se sieno conformi o diverse le leggi dei paesi in cui i beni si ritrovano; e se ivi si ammettesse invece il principio *tot hereditates quot territoria*, converrebbe in tal caso rivolgersi a quel magistrato, il quale sarebbe competente secondo quella legge per le azioni successorie sugl' immobili ivi esistenti. Ed è perciò infatti che la giurisprudenza francese applica l' Art. 59 alle successioni che si aprono in Francia e quando i beni ivi esistono, e considera le successioni aperte all' estero soggette a provvedimenti speciali.[1]

In Francia le stesse disposizioni testamentarie di uno straniero sono valutate secondo la legge del suo domicilio.[2] Ma relativamente agl' immobili ivi esistenti, i Tribunali francesi si sono dichiarati competenti ad interpretare il testamento di uno straniero anche in senso contrario a quello dell' Autorità chiamata ad eseguirlo nel paese in cui si aprì la successione.[3] Si è detto eziandio che le sentenze contrarie del Tribunale francese e del Tribunale straniero circa l' interpretazione della disposizione testamentaria dovrebbero essere eseguite, ciascuna su quella parte di beni del testatore esistenti nel rispettivo territorio dei due paesi.[4]

[1] Bonfils, *De la compét. des Trib. franç.*, n. 36-40.
[2] Paris, 1 févr. 1836 (Imbert), *Jurispr.* 36, 2, 173.
[3] Cass. Fr., 10 nov. 1847 (François), Dal. 48, 1, 38.
[4] Magnin, *Minorité*, t. I, num. 5.

Concludiamo che, perdurando la condizione eccezionale della diversità di sistemi legislativi, non è applicabile in tutti i casi l'Art. 94 Cod. Proc. civ., e conviene con regole eccezionali determinare la competenza.

Noteremo che sì per la successione, come per tutti gli altri rapporti giuridici che possono essere regolati dalla legge nazionale dello straniero, la prova della nazionalità o la prova contraria dovrebbe esser fatta da chi reclama o contesta l'applicazione della legge straniera.[1] In mancanza di prove sufficienti il possesso di stato potrebbe valere[2] come prova della nazionalità, e grande latitudine di apprezzamento dovrebbe essere lasciata al giudice. Se non si arrivasse in nessun modo a determinare la nazionalità del defunto e la successione si aprisse in Italia, si dovrebbe, a noi sembra, ammettere la legge nostra come l'unica che possa regolare i diritti dei successibili. Secondo la dottrina dei sapienti giureconsulti romani ciascuno era soggetto alla legge della sua patria (*lex originis*, *lex civitatis*), non a quella del domicilio; ma quando l'individuo non era cittadino di alcuna città determinata, la sua legge personale si facea dipendere dal domicilio.[3] L'applicazione della legge della patria può essere giustificata, quando l'individuo abbia una determinata nazionalità.

[1] Cfr. Zaccaria, § 69; Demolombe, 1, 172.
[2] Cfr. Cass. Fr., 30 mai 1834, Dal. 1834, 1, 272.
[3] Savigny, *Traité de Dr. Rom.*, vol. VIII, § 353; Wharton, *Conflict of Laws*, chap. II, pag. 21; vedi innanzi § 46.

FINE.

INDICE GENERALE.

PRELIMINARI.

LIBRO I.

LIBRO II.

SEZIONE I.

SEZIONE II.

SEZIONE III.

APPENDICE.

Opere pubblicate dal Professore PASQUALE FIORE

ELEMENTI DI DIRITTO Costituzionale e Amministrativo (Cremona 1862) (*esaurito*).
NUOVO DIRITTO Internazionale Pubblico (Milano 1865), vol. 1, in-8° (*esaurito*).
ELEMENTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO (Torino, Unione Tip.-Editrice). Terza tiratura . . . . L. 5 „
DEL FALLIMENTO secondo il Diritto Internaz. Priv. (*esaurito*) (Pisa, Nistri, 1873).
EFFETTI INTERNAZIONALI DELLE SENTENZE e degli atti in materia civile, (Loescher, 1874) . . . . „ 5 „
DELLA GIURISDIZIONE PENALE relativamente ai reati commessi all'estero (Pisa, Nistri, 1875) (*esaurito*), *rifusa nell'opera sulle Sentenze penali.*
EFFETTI estraterritoriali delle sentenze penali. Della estradizione (Loescher, 1877) . „ 10 „
SUL PROBLEMA internazionale della Società giuridica degli Stati (Torino, Stamperia Reale. 1878 (*esaurito*). Vedi *Atti dell'Accademia delle Scienze morali di Torino*).
DELLE AGGREGAZIONI legittime secondo il Diritto Internazionale (Torino 1879, (*esaurito*), si trova negli *Atti dell'Accademia delle Scienze*).
DELL'ADOZIONE (Monografia nel *Digesto Italiano*).
DEGLI AGENTI DIPLOMATICI (Monografia nel *Digesto Italiano*).
DELLE DISPOSIZIONI GENERALI sulla pubblicazione delle leggi, volumi 2 (Napoli, 1886-87, Marghieri editore) . . . . „ 24 „
TRATTATO DI DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO, terza edizione intieramente riveduta e considerevolmente ampliata.
Si sono pubblicati i Volumi I e II (Torino, Unione Tip.-Editrice) . . . . . „ 20 „
DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO. Terza edizione interamente rifatta e considerevolmente ampliata (Leggi civili, Vol. I e II). (Torino, Unione Tip.-Editrice) „ 16 „
IL DIRITTO CIVILE ITALIANO. Vol. II: *Delle Persone*, 1889 (Marghieri, edit.).
IL DIRITTO INTERNAZIONALE CODIFICATO e la sua sanzione giuridica (Torino, Unione Tip.-Editrice) . . . . „ 8 „

TRADUZIONI PUBBLICATE IN FRANCIA

NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, traduit, annoté, précédé d'une introduction par Pradier Fodéré (Paris, Durand et Pedone Lauriel), vol. 2, in-8°, *épuisé*.
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, traduit de l'italien, annoté et suivi d'une Appendice de l'auteur comprenant le dernier état de la législation et de la jurisprudence, par Pradier Fodéré (Paris, Durand et Pedone Lauriel), *épuisé*.
TRAITÉ DE DROIT PENAL INTERNATIONAL et de l'extradition, traduit, annoté et mis au courant du Droit français, par Charles Antoine (Paris, Durand et Pedone Lauriel), vol. 2 . . . . Fr. 18 „
TRAITÉ DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, traduit et annoté par Charles Antoine (Durand et Pedone Lauriel), vol. 3 . . . . „ 37,59
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, traduit, annoté et mis au courant du Droit français par Charles Antoine, Président du Tribunal de Doullens.

TRADUZIONI PUBBLICATE IN SPAGNA

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, version de Garcia Moreno, aumentada con un'apendice del autor y un prologo de Martos (Madrid, F. Gongora, 1878), vol. 2 . L. 24 „
TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO, vertido al castellano par Garcia Moreno, T. 3 (Madrid, F. Gongora, 1882) . . . . „ 28 „
TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL, traducido, anotado y aumentado con dos apendices por la Direcion de la *Revista de legislacion y jurisprudencia*, 1 volume gr. 8° (Madrid 1880) . . . . „ 32 „
DERECHO CIVIL INTERNACIONAL, version castellana anotada por D. Alejo Garcia Moreno con un prologo di Romero Giron. Madrid, Gongora, tomo I, 1888, II, 1889 „ 13 „
EFECTOS INTERNACIONALES de las sentencias de los tribunalos, version castellana par Garcia Moreno (Madrid 1888).